دكتور مصطفى الجمال

دكتوراه فى القانون من جامعة باريس
جائزة أحسن الرسائل من جامعة باريس
مدرس القانون المدنى بكلية الحقوق
بجامعتى الاسكندرية وبيروت العربية

نظام الملكية
فى القانون اللبنانى والمقارن

الجزء الاول

حق الملكية

المكتب الشرقى للنشر والتوزيع

ص ب ١٤٨٩ بيروت — لبنان

النـــاشر
المـكتب الشرقى للنشر والتوزيع
ص.ب ١٤٨٩
بيروت ــ لبنـــان

إهـــــــــداء ٢٠٠٦
المرحوم الدكتور / توفيق حسن فرج
الإسكندرية

دكتور مصطفى الجمال

دكتوراه فى القانون من جامعة باريس
جائزة أحسن الرسائل من جامعة باريس
مدرس القانون المدنى بكلية الحقوق
بجامعتى الاسكندرية وبيروت العربية

نظام الملكية

فى القانون اللبنانى والمقارن

الجزء الاول

حق الملكية

المكتب الشرقى للنشر والتوزيع
بيروت — لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

تمهيد

١ ــ خلق الله ما فى العالم من أشياء لاشباع حاجات الانسان [1] • غير أن هذه الاشياء تقصر ــ بحالتها الطبيعية ــ عن تلبية حاجات البشر فى تعددها وتنوعها وتجددها • لذلك فقد وهب الله الانسان ادراكا يمكنه من توجيه قواه الى تحويل هذه الاشياء واستنباط وانتاج الجديد منهـا بما يلبى حاجاته المختلفة •

والانسان فى سعيه اليومى للوصــول الى ما يشبع حاجاته يعيش فى مجتمع ، فيتقيد بسعى سائر أفراده ويعتمد عليه فى آن واحد •

اعتماد الانسان فى اشباع حاجاته على ما يقع تحت ادراكه من أشياء ، وعلى جهده وجهد أفراد المجتمع ، يقتضى وضع نظام قانونى لهذه الاشياء يحدد موقف الفرد ازاء أفراد المجتمع منها ، تحديدا تتحقق به الكفاية فى

---

(١) فى هذا المعنى بحثا لــ G. Renard فى موضوع « La pensée chrétienne sur «La propriété sociale » وهو منشور فى باريس سنة ١٩٣٠ مع بحث آخر لــ L. Trotabas فى كتاب يحمل عنوان : « La fonction sociale de la propriété ».

مصطفى السباعى ، اشتراكية الاسلام ، الطبعة الثالثة ، ص ٨١ . وفى هذا الصدد يذكر قوله تعــالى « له ملك السماوات والارض » (سورة الشورى ٤٩) وقوله « سخر لكم ما فى الارض » (ســورة الحج ٦٥) ، « وسخر لكم ما فى السموات » (سورة الجاثية) . ويقرر المؤلف أن هــذا المبدأ يؤدى الى غرضين : أنه ليس فى الكون شيء يصعب على الانسان تناوله اذا أعمل عقله وعلمه ، وأن الناس جميعا متساوون فى الاستفادة من خيرات الارض والسماء .

الانتاج والعدالة فى التوزيع • هذا النظام هو نظام الاموال بصفة عامة والملكية بصفة خاصة •

٢ — وأيا ما كان نظام الاموال أو الملكيـــة فهو ، فى جوهره ، تحـــديد لمدى اختصاص كل فرد من أفراد المجتمع بما يقع تحت سيطرته من قيم مالية ، ولمدى ما يلقى على عاتقه من أعباء وما يفرض عليه من قيود تتعلق بهذه السيطرة ويقتضيها صالح المجتمع • على أن نظام الاموال أو الملكية يختلف بعد ذلك فى الزمان والمكان باختلاف الظروف التى تتم فيها عملية الانتاج والتوزيع فى المجتمع • بعبارة أخرى فهو يختلف باختلاف الاسس التى يقوم عليها تنظيم المجتمع اقتصاديا واجتماعيا • لذلك فدراسة نظام الاموال أو الملكية تقتضى البصر أولا بجوهر النظام الاقتصادى والاجتماعى الذى يقوم فيه هذا النظام •

واذا ما تمثل المال فى الاختصاص بشىء من الاشياء المادية ، سواء فى كل منافعه أو مظاهره أو فى بعضها ، فقد جرت لغة القانون على القول بأن لصاحب هذا المال حقـــا عينيـــا على هذا الشىء • فهو صـــاحب حق على الشىء الذى اختص بكل منافعه أو بعضها لانه يســـتأثر بهـــا دون غيره • وهذا الحق عينى لانه يرد مباشرة على الشىء بحيث لا يحتاج صـــاحبه الى تدخل من جانب شخص آخر لاقتضاء مضـــمون حقـــه • غير أن فكرة الحق العينى ، وان كانت فكرة فنية بحتة ظهرت فى مرحلة تاريخية معينة لتقديم صياغة قانونية منضبطة لنظام الاموال ، الا أن مضمونها ونطاقها — وربما وجودها — مرتبط ارتباطا وثيقا بالنظام الاقتصادى والاجتماعى الذى يقوم فيه هذا النظام ، بحيث يقتضى تطور هـــذا النظام اعـــادة مراجعة هذه الفكرة من حيث جدواها ومدلولها ومداها •

١ ــ الملكية فى النظم الاقتصادية المختلفة

وضـــع المشـــكلة :

٣ ــ لا صـــعوبة فى التسليم بأن ما يختص به الشخص من أشياء معدة للاستهلاك المباشر تعتبر مملوكة له ملكية خاصـــة لا يشركه فيهـــا أحد ، أيا ما كان أساس التوزيع الذى يستند اليه هـــذا الاختصاص . ولكن الصـــعوبة تظهر اذا ما انتقلنا الى ميدان الاشياء المعدة للاستثمار واستنباط الجديد ممـــا يصلح للاستهلاك . فالفصل فى ملكية الاشـــياء المعـــدة للاستثمار يرتبط مباشرة بالاساس الذى يقوم عليه التوزيع فى الجماعة لان ملكية هـــذه الاشياء تحدد بالضرورة مصير ما تنتجه الجماعة من أشياء معدة للاستهلاك .

فاذا سلمنا بامكان اختصاص الاشخاص بالاشـــياء المعدة للاستثمار أو ما يعرف بأدوات الانتاج ، كانت مملوكة لهم ملكيـــة خاصـــة يســـتقل صاحبها بتوجيه استثمارها والاستئثار بثمراتها ، وكان لهذه الملكية ــ مع تراكمها وازدياد دورها فى عملية الانتاج ــ الدور الحاسم فى عملية توزيع الناتج فى الجماعة . واذا رفضنا هذا الاختصاص الفردى ، كانت هـــذه الاشياء مملوكة للمجتمع ككل بصورة أو بأخرى ، بحيث يكون لمجموع العاملين فيه سـلطة توجيه استثمارها واقتسام ثمراتهـــا كل حسب عمله أو حسب حاجته .

الملكية بين الرأسمالية والاشتراكية :

٤ ــ ويشـــهد العالم فى العصر الحديث صراعا عنيفا بين النوعين من الملكية لم تتضح بعد نتائجه أو معالمه بصفة نهائية .

فقد تمخضت ظروف المجتمع الاوربى — ابتـداء من القرن السادس عشر — عن قيام النظام الرأسمالى فى أعقاب النظام الاقطاعى ، على أساس من الملكية الخاصة وحرية المبادرة الفردية . وساعد اقتران هـذا النظام بازدهار التجـارة وبزوغ الثورة الصناعية على نجاحه نجاحا أدى الى الايمان بأن الملكية الخاصة لوسائل الانتاج هى المحرك الاول لنشـاط الفرد والضـمان لحريته من ناحية ، والوسـيلة لتحقيق مصلحة المجتمع باعتبارها مجموع مصالح أفراده من ناحية أخرى . ومن هنـا كان رفع مبدأ الملكية الخاصة الى منزله « القانون الطبيعى » السابق فى وجـوده على وجود المجتمع ذاته ، والقول بأن وظيفة المجتمع هى مجرد حمـاية ملكيات أفراده بقوانينه ، دون أن يكون من المتصور تدخله لتقييد هـذه الملكيات أو الاستحواذ عليها [1] .

غير أنه بالرغم مما حققه نظام الملكية الفردية ، المدعم باطلاق حـرية المبادرة ، من تقدم هائل — خاصة طوال القرن التاسع عشر — فان التطبيق العملى لهذا النظام ، فى ظل اقتصاد صناعى متطور يحتاج أكثر فأكثر الى تجميع القوى المـادية والبشرية للقيام بالانتاج ، سرعان ما كشف عن خطورة اطلاقه . فقد أدى هذا النظام بالتدريج الى تركيز رؤوس الاموال فى أيد قليلة تمكنت من السيطرة على مجالات الحياة الاقتصادية الاساسية

---

(١) نجد بلورة تامة لهذه النظرة فى ميثاق حقوق الانسـان الفرنسى ١٧٨٩ — ١٧٩١ . فقد نصت المـادة ٢ من هذا الميثاق « على أن الحقوق الطبيعية هى « الحرية والملكية والامان ومقاومة الظلم » ، ونصت المـادة ١٧ على أن « الملكية باعتبارها حقا مقدسا لا يجوز المساس به ، ولا يمكن حرمان الشخص منها الا اذا اقتضت ذلك الضرورة العامة المثبتة بالطريق القانونى وبشرط التعويض العادل عنها مقدما » (راجع فى تحليل هـذه النصوص :

Mohamed Mehdi ElJaw, La règle morale dans le droit de la propriété foncière, Genève 1960, p. 61 et ss.)

وتوجيهها لخدمتها • وكانت نتيجة ذلك انقسام المجتمع الصناعى الى أقلية تملك وسائل الانتاج ، فتستحوذ على انتاج المجتمع كله دون جهد وتتمتع بالحرية المطلقة ، وأغلبية لا تملك وسائل الانتاج ، فتفقد ثمرة عملها وتنعدم حريتها الحقيقية فى مواجهة الاغلبية المالكة •

وقد كان رد الفعل لذلك أن قامت الدراسات المختلفة التى تتضافر على مهاجمة نظام الملكية الفردية والدعوة الى نوع آخر من أنواع الملكية الجماعية ، بعضها يكشف عما أدى اليه هذا النظام فى ظل الاقتصاد الصناعى من أوجه الظلم ومن اهدار لمصلحة المجتمع ومن مصادرة للحرية ، مما يشكك فى القول بأن الملكية الفردية هى الضمان لحرية الانسان ، وبعضها يحاول أن يثبت أن الانسانية فى بدايتها الاولى كانت تعرف الملكية الجماعية بشكل أو بآخر أكثر مما تعرف الملكية الفردية ، مما يشكك فى القول بأن الملكية الفردية نظام تفرضه الطبيعة الانسانية (١) ، وبعضها يحاول الربط بين الدراسات السابقة واستخلاص قانون للتطور على نحو ما نعرفه فى المادية التاريخية (٢) •

٥ — وقد كان من شأن هذه التيارات الفكرية وما استندت اليه من

---

(١) تؤكد بعض الدراسات الاتنولوجية فى القرن التاسع عشر أن الانسان الاول كان يعيش على قطف الثمار وصيد الحيوان ، وبمرور الزمن أدرك ضرورة الاتحاد والعمل المشترك لمواجهة الطبيعة مما أدى الى نوع من الملكية المشتركة ، ثم عرف الرعى والزراعة مما سمح له بتكوين فائض عرف معه لاول مرة تراكم الثروة فنشأت الملكية الفردية .

ولكن الدراسات التى أجريت حديثا على الجماعات البدائية تشير الى تباين صور الاختصاص بالاموال فى هذه الجماعات الى درجة يصعب معها ادخالها فى القوالب القانونية التى تعرفها مجتمعاتنا المتقدمة (راجع فى هذا الصدد : كتابنا نظام الملكية ، ص ١١ ، هامش ٢

(٢) راجع كتابنا نظام الملكية ، ص ١١ .

واقع المجتمع الصناعى أن شهد نظام الملكية — على النطاق العالمى — تطويرا شاملا .

وقد استعلن هذا التطوير أولا فى التضييق المستمر من مضمون الملكية الفردية وفتح بابها أمام المعدمين . فقد تركز تبرير هذه الملكية فيما تحقق من نفع اجتماعى ، وغدا من المسلم الاعتراف بدور المجتمع — ممثلا فى القانون — فى الحد من سيادة المالك على ملكه تحقيقا للصالح العام ، عن طريق ما يضعه من قيود على مباشرته لسلطاته من ناحية ، ورسم سياسة تمكن من توسيع قاعدة الملكية الخاصة ، كما هو الحال فى توزيع الاراضى على صغار الزارع وفى تمليك المساكن ، من ناحية أخرى ، حتى نادى البعض بأن الملكية أصبحت وظية اجتماعية (١) .

واستعلن هذا التطوير ثانيا فى تحويل الملكية الخاصة الى ملكية عامة . فقد أفسحت الدول التى لا زالت تأخذ بالنظام الرأسمالى مكانا بارزا للملكية العامة الى جانب الملكية الخاصة ، عن طريق التأميم ، حتى لم يعد بلد رأسمالى واحد لا يوجد فيه قطاع عام . أما الدول التى تحولت الى النظام الاشتراكى فقد قصرت الملكية الخاصة على نطاق ضيق لا يسمح بالتفاوت بين مراكز الافراد الاجتماعية ، ولا يخل بمبدأ اتخاذ العمل معيارا للتوزيع . ووصل بعضها الى حد الغاء الملكية الخاصة لوسائل الانتاج .

الملكية فى النظام اللبنانى والمصرى :

٦ — أما لبنان ومصر فقد عرفتا نظام الملكية الفردية بمعناه الذى يستند

---

(١) فى الوظيفة الاجتماعية للملكية وتطورها راجع : السنهورى ، الوسيط ، جـ ٨ (حق الملكية) ، بند ١٩١ وما بعده .

G. Renard et L. Trotabas, op. cit.; K. Katzarov, Théorie de la nationalisation, p. 168 et ss.

الى المذهب الفردى عند استلهامهما لا نظمتهما القانونيـــة الحديثة من التشريع الفرنسى • فقد انتقلت اليهما نظرية الملكية الفردية كحق مطلق يسنده ويستند به مبدأ حرية المبادرة (١) •

ولكن استيراد لبنان ومصر لقوانينهما من الخارج ، قد وصل بينهما وبين ما يجرى فى العالم الحديث ن تغيرات اقتصادية وفكرية مختلفة أولا بأول • وقد كان من نتيجة ذلك أن تسلت التيارات الاجتماعية السابق الاشارة اليها ــ فى صورتها المعتدلة ــ اليهما •

فقد عنى قانون الوجبات والعقود اللبنانى (م ١٢٤) و التقنين المدنى المصرى (م ٥) ، بارساء مبدأ عدم التعسف فى استعمال الحقوق بما فيها حق الملكية ، كمـــا عنيا بوضع القيود الاساسية على سلطات المالك ضمانا لتوجيهها الوجهة التى تحقق صالح المجتمع •

---

(١) كانت لبنان ومصر منذ دخولهما فى الاســـــلام حتى دخول القوانين الاجنبية فيهما ، تخضعان للتشريع الاسلامى ـ ولا شك أن هذا التشريع يقر الملكية الفردية ويجعل لها حماية وحرمة . غير أن الملكية الفردية التى أقرها التشريع الاسلامى تختلف اختلافا واضحا عن الملكية الفردية كمـــا يصورها المذهب الفردى كحق طبيعى مطلق مقدس .

فالملـــكية الفردية فى الاســـلام لا تتمتع بالحمـــاية والحرمة ما لم تكن تكن مستمدة من سبب مشروع يرجع فى النهاية الى العمل الشريف (عن طريق مباشر أو غير مباشر) ، ويبعد عن الاستغلال والاحتكار . والملكيـــة الفردية فى الاسلام ليست حقا طبيعيا مطلقا وانما هى استخلاف من الله عز وجل « مالك الملك » والذى له « ملك السموات والأرض » فتتقيد بما يضعه من حدود ، سواء ما تعلق منهـــا بعـــدم الاضرار بالغير أو باخراج الزكاة والنفقات الواجبة (راجع فى ذلك مصطفى الســـــباعى ، المرجع السابق ، خاصة ص ٨٣ وما بعدها) . وقد حدا هذا التصوير للملكيـــة الفردية فى الاسلام البعض الى القول بأن الاسلام قد عرف أول تطبيق عملى للاشتراكية (أستاذنا الدكتور على البارودى ، فى الاشتراكية العربيـــة ، ١٩٦٧ ، بند ٢٦ وما بعده) .

وفى لبنان ، ما زالت الملكية الخاصة هى الاساس فى النظــام الاقتصادى والقانونى • أما فى مصر فقد جاءت ثورة يوليو ١٩٥٢ فكانت ثورة اشتراكية الاتجاه • وقد عبرت عن ذلك فى ثلاثة من مبادئها الستة الشهيرة (القضاء على الاقطاع ــ القضاء على الاحتكار وسيطرة رأس المال على الحكم ــ اقامة عدالة اجتماعية) • وتطبيقا لذلك صدر قانون الاصلاح الزراعى فوضع حدا أقصى للملكية الارض الزراعية ، ورسم السبيل الى توســيع قاعدتها باتاحة الفرصة للاجراء لكى يصبحوا ملاكا عن طريق توزيع الاراضى التى يستولى عليها من كبار الملاك والاراضى المستصلحة والتى يتم استصلاحها عليهم •

غير أنه سرعان ما تبين أن تحمــل عبء الدولة الحديثة ــ التى يجب أن تكفل لكل فرد فى المجتمع حاجاته الاساسية ــ يقتضى الوصول الى أكبر قدر مستطاع من الكفاية فى الانتاج ومن العدالة فى توزيعه على أفراد المجتمع ، كما تبين أن تحقيق هذين الهدفين فى بلد متخلف كمصر تنقصه رؤوس الاموال وروح الاقدام على المشروعات الاساسية التى لا تدر ربحا عاجلا ، يتطلب تطبيق الملكية الجماعية لوسائل الانتاج الى الدرجة التى تحقق سيطرة الدولة على الانتاج القومى ، حتى تستطيع تنمية وتوزيع هذا الانتاج وفق تخطيط علمى على مستوى المجتمع بأسره • لذلك فقــد قامت القوانين المتعاقبة فى مصر ــ خاصة قوانين يوليو ســنة ١٩٦١ ــ بتأميم الجانب الاكبر من قطاع الصناعة والتجارة ، فتحول بذلك جانب كبير من الاقتصاد المصرى الى الملكية الجماعية • وبذلك صار هذا الاقتصاد موزعا بين الملكية الخاصــة (القطاع الخاص) والملكية العــامة أو الاشتراكية (القطاع العــام) •

٢ ـ الملكية بين الحق العينى والوظيفة الاجتماعية

(الأداة الفنيـة لصياغة نظـام الاموال)

التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى :

٧ ـ بمثل ما أثار تطور النظام الاقتصادى والاجتماعى الشك حول الملكية فى ذاتها ، فقد أثار هذا التطور الشك حول الاداة القانونية لصياغة نظام الاموال • فقد جرى القول بأن الشخص اذا ما اختص بشىء من الاشياء فى كل منافعه ومظاهره أو فى بعضها فان هـذا الشخص يكون له حق عينى على هذا الشىء • والاصل أن يكون هذا الاختصاص شاملا لكل ما يمكن أن يمثله الشىء من منافع ومظاهر ، وهى الاستعمال والاستثمار والتصرف ، فيكون الحق العينى حق ملكية • عى أنه استثناء من ذلك قد تقتطع بعض منافع الشىء أو مظاهره من المالك ويختص بها شخص آخر فيكون الحق المخول لهذا الشخص حقا متفرعا عن الملكية ، كما هو الحال فى الحق المسمى فى القانون اللبنانى بحق التصرف ، وفى حقـوق الانتفـاع والاستعمال والسكنى والارتفاق •

وهـذا الحق الذى يرد على الشىء هو حق عينى من حيث أنه يرد على الشىء مباشرة ، فلا يحتاج صاحبه الى تدخل من شخص آخر للحصـول على ما يمثله حقه من منافع الشىء أو مظاهره ، ولا يستطيع أحد مزاحمته فى هذه المنافع أو المظاهر ، خلافا لحق الدائنية الذى يتمثل فى رابطـة بين شـخصين بمقتضاها يكون لاحدهما ، وهو الدائن ، مطالبة الآخر ، وهو المدين ، بأداء معين لا يستطيع أن يصل اليه الا عن طريقه ، ويكون فى مركز مساو لكل دائن آخر يكون له حق دائنية قبل نفس المدين • فالقصـد من اضفاء صفة العينية على الحق الذى يرد على الشىء ، فيخول صاحبه

الاختصاص بكل منافعه ومظاهره أو بعضـــها ، هو التعبير عن سلطتين يقتضيهما هذا الاختصاص :

(أ) امكان تتبع هذا الشيء الذى اختص به الانسان اذا ما انتقــل الى غيره ، وسواء كان لهذا الغير حق آخر على الشيء أو كانت سيطرته عليه مجرد سيطرة فعلية ، لاقتضاء المنافع أو مباشرة المظاهر التى اختص بها فى هذا الشيء ، وهو ما يعرف عادة بسلطة التتبع ، وهى سطة لا تتوافر فى حــق الدائنية الذى لا يرد على شيء وانما على ذمة المدين • فطالما كان الشيء موجودا والحق العينى قائما كان لصاحب الحق أن يباشر سلطته عليه وأن يسترده ممن يحوزه أيا كان •

(ب) الاستئثار بالمنافع والمظاهر التى اختص بها الشخص على الشيء دون مزاحمة • فاختصاص الشخص بهذه المنافع والمظاهر يفترض منــع الغير منها ، وهو ما يعرف عادة بسلطة الافضلية ، وهى بسلطة لا تتوافر أيضا فى حق الدائنية حيث يشترك جميع دائنى المدين بهذا الحق فى ذمتــه على قدم المساواة [1] •

---

(1) اذا كان هذا هو معيار التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى ، فان هناك نوعا من المراكز القانونية يتمثل فى تأمين يعطى لصـــاحب حق الدائنية على شيء معين ضمانا للوفاء به كالرهن والامتياز . ومثل هذا النوع من المراكز يخول صاحبه سلطة اقتضاء حقه من الشيء المخصص لضمان الوفاء به فى أى يد يكون ، فيماثل بذلك الحقوق العينية سالفة الذكر فى أنه يرد مباشرة على شيء معين ، وأن كان يختلف عنها فى أنه لا يخول صاحبه سلطة الانتفاع المباشر بالشيء وانما مجرد سلطة اقتضاء حقه من المقابل النقدى لهذا الشيء . لهذا فقد اصطلح على اعتبار هذا النوع من المراكز القانونية من قبيل الحقوق العينية والتمييز بينهـــا وبين النوع الاول من الحقوق العينية التى تخول سلطات مباشرة فى الانتفاع بالشيء عن طريق وصفها « بالتبعية » ووصف النوع الأول « بالاصلية » .

وقد عرض المشرع اللبنانى للحقوق العينية فى قانون الملكية العقارية الصادر بالقرار رقم ٣٣٣٩ فى ٢ تشرين الثانى سنة ١٩٣٠ ، وان كان هذا القانون يقتصر عى تنظيم الحقوق العينية العقارية دون الحقوق العينيـــة المنقولة ، وعرض للحقوق الشخصية فى قانون الموجبات والعقود الصادر فى ٩ آزار سنة ١٩٩٣٢ • أما المشرع المصرى فقد نهج منهج الغالبية العظمى من القوانين فجمع بين الحقوق العينية والشخصية فى القانون المدنى •

انكار فكرة الحق والرد عليه :

٨ — غير أن هذه الصياغة الفنية لنظام الاموال بصفة عامة ، وللملكية بصفة خاصة ، قد تعرضت للنقد فى شقيها •

فقد سبق أن رأينا التيار الفكرى الذى بدأ يتغلب على الملكية الفردية ابتداء من نهاية القرن التاسع عشر ، فيحد من اطلاقها ويخفف من طغيانها، بما يطوعها لمقتضيات الحياة الاجتماعية ، عن طريق ما يضعه من قيـــود على ممارسة سلطاتها • ولقد حاول البعض أن يعبر عن هذا التيار فى صعيد الفكر القانونى النظرى ، فقال ان الملكية لم تعد حقا بالمعنى الدقيق ، اذ الحق يفترض صفة الاطلاق ، وانما مجرد « وظيفة اجتماعية » • فاذا كان كل فـــرد فى المجتمع له دور عليـــه أن يؤديه ، فالمـــالك كذلك له دوره باعتباره حائزا لجزء من أموال المجتمع ويجب عليه أن يؤديه • وتشـــمل وظيفة الملكية عنصرين هما واجب المـــالك وسلطته فى استعمال ملكه للوفاء بحاجاته ، وواجبه وسلطته فى استعمال هذا الملك للوفاء بحاجات المجتمع (١) •

---

(1) L. Duguit, Les transformations du droit privé depuis le code Napoléon, 1912, p. 219; R. Savatier, Du droit civil au droit public, p. 8.

وانظر محمد على عرفه ، حق الملكية ، جـ ١ ، بند ١٥ .

والواقع أن انكار وصف الحق على الملكية انما يرجع الى الخلط بين فكرة الحق فى ذاتها كأداة فنية للصياغة ، وبين المضمون الفردى المطلق الذى كان يعطى لهذه الفكرة فى مرحلة تاريخية معينة تحت تأثير المذهب الفردى . ففى ظل هذا الخلط كان الحق يعتبر ميزة للشخص منظورا اليه خارج كل حياة اجتماعية منظمة . ولكن اذا أمكن تجريد فكرة الحق من هذا المضمون الفردى المطلق والاحتفاظ بها كأداة للصياغة الفنية يمكن أن تستوعب مضمونا اجتماعيا كما تستوعب مضمونا فرديا ، فانها تظل صالحة لصياغة فكرة الملكية حتى فى ظل النظم الاجتماعية . فالملكية فى النظم القانونية القائمة على المذهب الاجتماعى يمكن أن تعتبر حقا بالمعنى الدقيق وأن كان هذا الحق يأخذ مضمونا جديدا يختلف عن مضمون حق الملكية فى النظم القائمة على المذهب الفردى ، بما يوضع من قيود على حرية المالك فى الاستفادة من ملكه تحقيقا للوظيفة الاجتماعية للملكية (١) .

---

(١) راجع فى هذا الموضوع رسالتنا «L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », Paris, 1967, No. 14; Carbonier, Droit civil, T. I, p. 136.

ومهما يكن من أمر فالمالك يباشر سلطاته لحسابه ولتحقيق مصلحته الشخصية وان كانت مصلحة المجتمع تتحقق نتيجة لذلك بطريق غير مباشر. ولذلك فيمكن القول ان للملكية وظيفة اجتماعية ــ وهى فى ذلك لا تختلف عن سائر الحقوق ــ دون ان يتضمن ذلك انكارا لفكرة الحق ذاتها (منصور مصطفى منصور ، حق الملكية فى القانون المدنى المصرى ، ١٩٦٥ ، ص١٤و١٥ . وقارن (Mohammad Mehdi Eljam, op. cit., p. 54 et ss. وينبه على البارودى (فى سبيل نظام قانونى موحد للمشروع التجارى العام، بند ١٤٤) الى أن « التعبير الشائع الذى يرى أن حق الملكية قد أصبح « وظيفة اجتماعية » لا يتميز بالدقة . « فالوظيفة الاجتماعية » لا يمكن أن تكون وظيفة حق الملكية بل هى وظيفة المالك نفسه باعتباره عضوا عاملا فى الجماعة قبل أن يكون مالكا » .

نقد التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى :

٩ ــ واذا كانت فكرة الحق فى ذاتها ما زالت صالحة لصياغة نظام الاموال فى ظل المذهب الاجتماعى ، فهل مازال من المناسب وصف هذا الحق « بالعينية » تمييزا له عما يسمى بالحق الشخصى أو حق الدائنية ؟

من الواضح أن فكرة الحق العينى مستمدة من النظر الى الاشياء المادية التى تتمثل فى عين من الاعيان • ففى حدود هذا النظر وحده يمكن التمييز بين الحق العينى وبين حق الدائنية الذى يرد على « الذمة » • غير أن التطور الاقتصادى الحديث قد كشف عن أشياء جديدة غير مادية ، لا تتمثل فى عين من الاعيان وانما تتمثل فى مجرد قيمة معينة ، ومع ذلك تخضع لنظم مشابهة لنظم الاشياء المادية فى رهنها وتقرير الانتفاع بها ، كما هو الامر فى المحل التجارى والمؤلف والاختراع ، باعتبارها أشياء معنوية لا تتمثل فى كيان مادى معين • ومن ناحية أخرى كشف التطور الاقتصادى عن حقوق دائنية جديدة ترد على « الذمة » ومع ذلك فهى تتمثل فى كيان مادى معين ، كما هو الحال فى الاوراق المالية كالاسهم والسندات [1] • وقد ترتب على هذا التطور بشقيه أن ضاع الحد الفاصل بين الحق العينى والحق الشخصى ، أو بعبارة أخرى وجدت مجموعة من المراكز ليس من اليسير القول بضمها لهذا النوع أو ذاك من الحقوق [2] •

---

(١) Marty et Raynaud, Droit civil, T. II, 1960, No. 3

(٢) وقد تحققت هذه الظاهرة فى اجلى صورها فيما يتعلق بالنقود . فالنقود لم تعد الآن تتمثل كما كانت من قبل فى وزن معين من المعدن ، وانما فى مجرد أداة معينة للدفع ، كالليرة أو الجنيه ، وتستمد قيمتها من العوامل النفسية والاجتماعية والاقتصادية التى تحدد قوتها الشرائية . وعلى ذلك يمكن النظر الى النقود كحق عينى يرد على « الورقة النقدية » وكحق دائنية يتمثل فى قيمتها (راجع فى تحليل النظام النقدى من الناحية القانونية الفصل الاول فى الباب الاول من القسم الاول فى رسالتنا سالفة الذكر) .

ولعل هذا التطور هو الذى يفسر المحاولات المختلفة لهدم التفرقة بين الحق العينى وحق الدائنية . فقد ذهب البعض الى القول بأن الحق العينى ليس الا نوعا من الحق الشخصى يكون الدائن فيه هو صاحب الحق والمدين هو سائر الناس اذ يلتزمون بالامتناع عن التعرض لصاحب الحق فى تمتعه بحقه [1] . ولكن هذه المحاولة لم يكتب لها النجاح . فقد تبين الفقه فى الحق الشخصى وجود مثل هذا الالتزام قبل الكافة بالامتناع عن التعرض ، الى جانب الالتزام المحدد الواقع على عاتق المدين بهذا الحق قبل الدائن به والذى لا مثيل له فى الحق العينى [2] .

كذلك ذهب البعض الاخر الى القول بأن حق الدائنية ليس ألا نوعا من الحق العينى يرد لا على مال معين بالذات وانما على مجموع الاموال الموجود فى ذمة المدين [3] . ولكن هذه المحاولة لم تفلح بدورها فى طمس معالم التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى . فهى تغفل وجود علاقة المديونية بين الدائن والمدين فى الحق الشخصى ، تلك العلاقة التى تميزه عن الحق العينى [4] .

---

(١) فى عرض هذه المحاولة :
Planiol et Ripert, Traité théorique et pratique de droit civil, T. III, 2ème éd., No. 37 et s.; Marty et Raynaud, op. cit., No. 304

(٢) فى نقد هذه المحاولة راجع حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ، ١٩٦٥ ، بند ١٤ ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية فى القانون المدنى اللبنانى المقارن ، بيروت ١٩٦٨ ، ص ٢٤ وما بعدها .

(٣) فى عرض هذه المحاولة :
Marty et Raynaud, idem; R. Saleilles, Théorie générale de l'obligation, 1925, No. 7 et ss., notamment No. 82; Carbonnier, op. cit., p. 39.

(٤) فى تقييم هذه المحاولة راجع اسماعيل غانم ، فى النظرية العامة للالتزام ، ١٩٦١ ، بند ٩ .

١٠ — على أن الجديد فى الامر هو محاولة الاستفادة مما أسفرت عنه المحاولات السابقة من ايضاح وتحديد لفكرة الحق العينى وفكرة الحق الشخصى فى تقديم تقسيم جديد للحقوق يتفادى الصعوبات السابقة . هذه المحاولة تقوم على أساس التفرقة بين حق الملكية وبين كل من الحق الشخصى والحق العينى [1] .

فالملكية تتسع لتشمل كل قيمة مالية سواء تمثلت هذه القيمة فى شىء من الاشياء أو فى مجرد حق من الحقوق الشخصية أو العينية (غير الملكية بالطبع) . ففكرة الملكية تعبر عن علاقة التبعية بين شخص معين وبين شىء أو حق منظورا اليه فى ذاته، ويقابلها ويفسرها فى آن واحد الواجب السلبى العام المفروض على الكافة بعدم التعرض لصاحب الحق ، والذى سبق اكتشافه فى جميع الحقوق (عينية كانت أم شخصية) . وبذلك لا تكون هناك غرابة فيما نعرفه من امكان الدائن رهن الدين أو تقرير انتفاع عليه ، تلك السلطة التى يتمتع بها المالك أساسا .

أما الحق الشخصى فهو الدين اذا ما نظر اليه لا فى ذاته وانما من خلال المدين به ، ويقابله ويفسره وجود التزام محدد على عاتق المدين يتميز عن الالتزام السلبى العام الواقع على الكافة [2] .

---

(١) فى عرض هذه المحاولة والدفاع عنها :
G. Ginossar, Droit réel, propriété et créance, Paris 1960, Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel, R. T.D.C., 1962, p. 573 et ss.

(٢) فعلاقة الدائنية تحتوى فى الواقع على حقين : حق ملكية اذا ما نظر اليها كقيمة مالية ، وحق شخصى اذا ما نظر اليها من خلال الطرف السلبى فيها . آية ذلك اجتماع الواجب السلبى العام الواقع على الكافة مع الالتزام المحدد على عاتق المدين فى هذه العلاقة .

أما الحقوق العينية فهى الحقوق المقررة لشخص معين على ملك الغير (وهى الحقوق العينية المعروفة عدا الملكية) • وهــذه الحقوق تمــاثل الحقوق الشخصية فى وجود التزام فيها ومدين بها يقابل الالتزام والمدين فى الحق الشخصى ، وهو الالتزام الذى يقع على عاتق صــاحب الشىء المحمل بالحق العينى • وبذلك يكون الحق العينى مشابها للحق الشخصى من حيث أن كلا منهما يعتبر علاقة بين شخصين تفرض التزاما على عاتق أحدهما لصــالح الاخــر • ولكن الحــق العينى يتميــز عن الحــق الشخصى ، فى أن الالتزام الموجود فيه هو « التزام عينى » يرتبط بالشىء الــذى يمارس عليه الحق ، وفى أن المدين به بالتالى غير معين اذ هو كل من يملك الشىء المحمل بالحق ومنوقتتملكه لهذا الشىء •

على هذا النحو يتفادى التقسيم الجديد للحقوق المالية الصعــوبات الناشئة عن تكييف المراكز الجديدة التى كشف عنها التطور ، عن طريق التسليم بأنها تتضمن حق ملكية بجانب ما قد يتضمنهبعضها من حق شخصى• ولكن يبقى بعد ذلك أن نلاحظ أن هذه المحاولة لا تتعدى فى نتائجها جعل فكرة الملكية مرادفة لفكرة « الحق المانع » دون أن تلغى النتائج المعروفة للتقسيم الثنائى للحقوق المــالية[1] • فاذا كانت فكرة الملكية ترادف فكرة الحق ، فانه يبقى بعد ذلك أن هذه الملكية قد ترد على شىء مادى وقد ترد على شىء فى الذمة• وهذا الاختلاف فى المحل تنبعث منه الفروق المعروفة بين الحق العينى والحق الشخصى بمعناهما التقليدى •

والجدير بالذكر أن هذا التصوير للملكية يقترب من التصــوير الذى

(١) فى نقد هذا التقسيم الثلاثى للحقوق راجع :
Dabin, Une nouvelle définition du droit réel, R.T.D.C., 1962, p. 20 - 44.

يأخذ به الفقه الاسلامى • فتعريفات الفقهاء للملك تؤول فى النهاية الى علاقة أقرها الشارع بين الانسان والمـــال تجعله مختصا به وتجيز له التصرف فيه • والمـــال لديهم يشمل الاشياء المادية كما يشمل الاشياء غير المادية من منافع وحقوق • ففــكرة الملكية لديهم تمتد الى ملكيـــة « العـــين » وملكية « الدين » • والفقهاء حينما يعرضون لانواع الملك يميزون بين الملك التام والملك الناقص • فالملك التام هو ما ثبت لذات الشيء ومنفعته معا بحيث يثبت معه للمالك فيهما جميع الحقوق المشروعة • والملك الناقص هو ما ثبت لواحد منهما فقط ، وهو نوعان : ملك الرقبة وحدها ، وملك المنفعة وحدها • وملك المنفعة اما أن يثبت للشخص فيقابل ما يعرف لدينا بحق الانتفاع ، واما أن يثبت للعين فيقابل ما يعرف لدينا بحق الارتفاق[1] •

الشخص المعتبر محل للملكية :

١١ — واذا كانت فكرة الملكية تتسع ، على النحو السابق ، لكل قيمـــة مالية ، سواء تمثلت هذه القيمة فى شيء من الاشياء أو فى حق من الحقوق العينية أو الشخصية ، فانه يصح التساؤل عما اذا كانت فـــكرة الملكيـــة تتسع كذلك للاشـــخاص اذا ما كان الشخص يعبر هو الآخـــر عن قيمة مالية دون أن تتصل به قيمة انسانية •

واذا كانت اثارة مثل هذا التساؤل تبدو غريبة كل الغرابة أمام الفقه ، الذى درج على القول بأن الملكية لا يمكن أن ترد الا على الاشياء والاشياء المادية بالذات ، فان هذه الغرابة تخف حدتها بلا شك اذا ما تذكرنا أن الانظمة القانونية القديمة التى كانت تعرف نظام الرق كانت تجعل من

---

(١) راجع فى كل ذلك محمد مصطفى شلبى ، المدخل فى التعريف بالفقـــه الاسلامى وقواعد الملكية والعقود فيه ، ١٣٨٥ هـ — ١٩٦٦ م ، ص ٣١٨ وما بعدها . راجع أيضا القواعد للحافظ ابى فرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلى ، الطبعة الاولى ١٣٥٢ هـ — ١٩٢٣ م ، خاصة القاعدة السادسة والثمانون ص ١٢٥ وما بعدها .

الرقيق — بالرغم من أنه انسان كالانسان الحر سواء بسواء — محلا للملكية كالاشياء المادية • واذا لم يكن الرقيق يتمتع بالشخصية القانونية فى قانون كالقانون الرومانى ، وانما كان ينظر اليه كشىء من الاشياء مما يحول دون التسليم بامكان تملك شخص لشخص آخر ، فان الرقيق كان يتمتع فى ظل الشريعة الاسلامية بالشخصية القانونية دون أن يحول ذلك دون ورود الملكية عليه •

واذا كان الرق لم يعد قائما الان بحيث لا نستطيع أن نتكلم عن ملكية انسان لانسان آخر ، فان التطور الحديث قد كشف عن أشخاص قانونية جديدة لا تتمثل فى انسان طبيعى وانما فى مجرد تجمع للاشخاص الطبيعية أو للاموال حول غرض معين يضفى عليه المشرع الشخصية القانونية اعتبارا ، تمكينا له من اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات اللازمة لتحقيق الهدف الذى أنشىء من أجله ، كالجمعيات والشركات المختلفة • وفى قمة هذه الاشخاص القانونية الاعتبارية ، نجد الدولة ذاتها — والاشخاص العامة الاخرى — باعتبارها التشخيص القانونى للامة أو الشعب أو المجتمع • ووجود مثل هذه الاشخاص المعنوية لا شك يطرح للبحث مشكلة العلاقة بينها وبين الاشخاص الطبيعيين الذين يقومون بتكوينها ، وما اذا كانت هذه العلاقة هى علاقة ملكية ، على الاقل اذا ما كانت هذه الاشخاص المعنوية تقوم على تحقيق غرض مالى •

فاذا قام مجموع من الافراد بتكوين شركة مثلا عن طريق مساهمة كل منهم بحصة فى رأسمالها ، فان الحصص تخرج عن ملكية الشركاء وتعتبر من هذا الوقت مملوكة للشركة باعتبارها شخصا معنويا ، فى مقابل حق الشريك فى نصيب مقابل من الارباح التى يحتمل أن تحققها ، مما يثير التساؤل عن جوهر علاقة هؤلاء الشركاء بالشخص المعنوى الذى قاموا

بانشائه وهو الشركة • ولما كانت الاشياء المستثمرة فى الشركة والتى تعتبر الارباح ثمارا لها تعتبر مملوكة للشركة ذاتها كشخص معنـــوى وليـــس للشركاء ، فانه لا منــاص من التسليم بمملوكية الشركة كشخص معنوى للشركاء • فالشركاء يقومون بتوجيه نشاط الشركة ، ويحصلون على أرباحها ويتحملون خسائرها ، ويتحكمون فى وجودها ، على نحو تبدو معه هــذه المكنات المختلفة مقابلا لسلطات المالك المعروفة فى الاستعمال والاستثمار والتصرف • وهذه المكنات المختلفة التى تثبت لكل من الشركاء لا يمكن تفسيرها الا على أساس أن كلا من الشركاء وان كان قد نقل الى الشركة ملكية الحصة التى تخصه فى رأسمالها الا أنه فى مقابل ذلك يصبح مالكا لحصة مقابلة لها فى الشركة ذاتها كشخص معنوى ، بحيث تكون الشركة مملوكة لجميع الشركاء على الشيوع • ولعل هذا التحليل يفسر كيف أن قواعد ادارة الشركات وحلها تماثل فى جوهرها قواعد ادارة الشىء المملوك على سبيل الشيوع والتصرف فيه •

على هذا النحو يمكن القول بأن الشخص الطبيعى يخلق الشـــخص المعنوى فيكون مملوكا له ، ثم يدفع اليه بأمواله ليقوم باستثمارها فيمـــا يخصصه له من أغراض ، تحت اشرافه ، فاذا ما حقق الشخص المعنوى ثمرة من ذلك كانت مملوكة له من الناحية القانونية ولكنها تعـــود الى الشخص الطبيعى فى النهاية باعتباره مالكا للشخص المعنوى ذاته • ولعل هذا القول يذكرنا بما كان يسمح به القانون الرومانى والشريعة الاسلامية من ترك السيد بعض أمواله لرقيقه يستثمره ، فتكون ثمرته له دون هذا الاخـــير •

أكثر من ذلك فان الشركات ــ وخصوصا المساهمة منها ــ تتجـــه فى العصر الحـــديث الى التجمع فى مجموعات كبيرة تضم كل مجموعة منها

عدة شركات يسيطر بعضها على بعض مع احتفـــاظ كل منها بشخصيتها القانونية المستقلة ، على نحو يتيح للشركة التى تكون فى قمة المجموعة القيام بأنواع متعددة من النشاط التجارى والصناعى عن طريق الشركات التى تسيطر عليها • ويتم تكوين هذه المجموعات عن طريق قيام الشركة الام بخلق الشركات الفرعية أو شرائها لاسهمها (١) • وفى هذه الحالة أيضا تكون أموال الشركات الفرعية مملوكة لها ، ولكن الشركة الام تقوم بتوجيه نشاط هذهالشركات والحصول على ناتج استثمارها والتحكم فى وجودها ، على نحو لا يمكن تفسيره الا بالقول بمملوكية الشركات الفرعية للشركة الام (٢) •

خلاصة القول أنه كما ســلمنا بمملوكية الحق فلا بد أن نســلم كذلك بمملوكية الشخص المعنوى بالرغم من تمتعه بالشخصية القانونية ، على

---

(١) Michel Vanhaeche, Les groupes de sociétés, Paris 1959; Succursales et Filiales dans le Marché Commun (Problèmes juridiques et fiscaux), Etudes réalisées sous l'égide de l'Association Européenne d'Etudes Juridiques et Fiscales, Paris 1963.

(٢) يحلل الفقه هذه الظاهرة الى عنصرين أساسيين ، العنصر الاول هو الشخصية المعنوية التى تتمتع بها الشركات الفرعية بجانب شخصية الشركة الام ، والعنصر الثانى هو الرقابة والاشراف التى تمارسها الشركات الام على الشركات الفرعية من الناحية المـــالية والادارية والذى تخوله لها مساهمتها فى هذه الشركات (انظر فى هذا الشأن القسم الاول من مؤلف Michel Vanhaeche السابق الاشارة اليه) .

ويبدو لنا ان فكرة الرقابة والاشراف المستند الى المساهمة تقصر عن اجلاء طبيعة العلاقة بين الشركة الام والشركات المتفرعة عنها . فهذه الرقابة وهذا الاشراف مازالا فى حاجة الى اساس يستندان اليه ، وهذه المساهمة مازالت فى حاجة الى التكييف .

وفى نظرنا أن أساس الرقابة والاشراف هو ملكية الشركة الأم للشركات الفرعية كأشخاص معنوية ، وأن المساهمة لا يترتب عليها ملكية الشركة الام لاموال الشركات الفرعية التى تساهم بها فيها وانما ملكية حصـــة فى هذه الشركات ذاتها كأشخاص معنوية بقدر يقابل هذه المساهمة .

الاقل كلما كان هذا الشخص يتمثل فى قيمة مالية معينة ، وكانت الشخصية القانونية مجرد وسيلة لاستثمار هذه القيمة على نحو أكمل دون أن تعبر عن قيمة انسانية كما يعبر الشخص الطبيعى • والقول بمملوكية الشخص المعنوى على هذا النحو وسيلة من وسائل الصياغة القانونية اقتضتها الاعتبارات الاقتصادية والقانونية التى تتمثل فى ضرورة خلق شخص قانونى يقوم بعملية الانتاج ويمارس سلطة الملكية على أدواته على سبيل الاستقلال ، فى الوقت الذى يكون فيه من اختصاص شخص آخر يستأثر به فيكون خاضعا لتسلطه المانع فى وجوده وفى منفعته •

ويلاحظ أن انهاء الشخص المعنوى محل الملكية يترتب عليه نفى التدرج السابق فى الملكية ، فتعود الاشياء التى كانت مملوكة لهذا الشخص الى ملكية الشخص الذى أنشأه بعد أن زالت الواسطة بينه وبينها •

هل يمكن ابتداع حقوق عينية غير التى نص عليها القانون :

١٢ ــ اذا كان حق الملكية والحقوق العينية ما زالت الاداة القانونية للتعبير عن مدى اختصاص الاشخاص بالاموال فقد قامت المادة العاشرة من قانون الملكية العقارية البنانى بتعداد الحقوق العينية التى يمكن أن تجرى على العقارات • ويبدو من هذا التعداد أن الحقوق العينية التى ذكرها المشرع تستغرق كل الفروض المتصورة للاختصاص بالاشياء سواء كان شاملا لكل هذه المنافع أو لبعضها فقط ، بحيث لا يتصور وجود حقوق عينية أخرى على الشىء • أما فى مصر وفرنسا فقد ناقش الفقه امكانية قيام الافراد بانشاء حقوق عينية جديدة لم ينص عليها المشرع • فقال البعض بجواز الاتفاق على انشاء حقوق عينية جديدة لم ينص عليها القانون ، وضربوا مثلا لذلك حالة التزام مالك سطح الارض بعدم مطالبة مستثمر المنجم بالتعويض عن الاضرار المترتبة على هذا الاستثمار ، وحالة التزام مشترى

المحل التجارى بالامتناع عن ممارسة بعض أوجه النشاط التى يحتفظ بهـا البائع لنفسه ، فقالوا بوجود حق عينى فى هذه الحالات لصـالح مستثمر المنجم أو بائع المحل التجارى يرتبط بالارض أو المحل التجارى ولا يزول ببيع أى منهما الى مشتر جديد [1] • ولكن أغلبية الفقه تذهب الى أن الحقوق العينية قد وردت فى القانون على سبيل الحصر بحيث لا يجوز للأفراد ابتداع حقوق جديدة غير تلك التى نص عليها القـانون ، تأسيسـا على أن الحق العينى من حيث أنه يخول صاحبه سلطة التسلط المباشر على الشىء فى حدود مضمون حقه ، فهو حق مطلق يجب على الناس احترامه ، ولا يمكن باتفـاق بين الافراد خلق واجب سلبى عام على الناس كافة باحترام الحق العينى الذى يبتدعه الافراد باتفاق بينهم [2] •

ونلاحظ على هذا الرأى الاخير أن الواجب السلبى العام الواقع على الكافة باحترام الحق يوجد ـــ كمـا سبق أن رأينـا ـــ بالنسـبة للحق العينى [3] مما يمكن معه القول بأنه ليس هنـاك مانع قانونى من امكان الافراد ابتداع حقوق عينية جديدة باتفاقاتهم اذا كان ذلك متصـورا من الناحية العملية • ولكن الواقع أن الامثلة التى ضربها الفقه لحقوق عينيـة يبتدعها الافراد لا تتضمن حقوقا عينية جديدة لم ينص عليها المشرع وانما مجرد تحديدات أو توابع لهذه الحقوق التى نص عليها القانون [4] • ومثل

---

(١) فى بيان الفقه الذى يأخذ بهذا النظر راجع :
Aubry et Rau, Cours de droit civil français, 6ème éd., par E. Bartin, T. 2, note quater, p. 71.
وقد سار القضاء الفرنسى فى هذا الاتجاه وتبعته بعض المحاكم المصرية (انظر الاحكام المشار اليها فى : محمد على عرفة ، بند ١٩ وما بعده) .

(٢) حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ١٨ ، اسماعيل غانم ، حق الملكية ، ١٩٦١ ، بند ٤ ، محمد على عرفة ، المرجع السابق ، بند ١٨ .

(٣) Marty et Raynaud, op. cit., 8; Ginossar, op. cit., No. 58.

(٤) Marty et Raynaud, op. cit., No. 8.

هذه التحديدات أو التوابع لا شك فى جوازها اذا لم يكن فيها ما يخـالف النظام العام ، ولا شك فى الزامها لمن ينتقل اليه الشىء المحمل بها اعمالا لقواعد الاسـتخلاف فى الالتزامات والحقـوق الشـخصية اذا كانت من مستلزمات الشىء الذى انتقل الى الخلف وكان هذا الاخير على علم بهـا ، تطبيقا لحكم المـادة ١٤٦ من القانون المدنى المصرى الجديد ، ودون حاجة الى اعتبارها من قبيل الحقوق العينية • ولعل انعدام مثل هذا النص فى القانون الفرنسى والقانون المصرى القديم هو الذى دفع بعض الفقه الى اعتبار هذه الصور من قبيل الحقوق العينيـة توصـلا الى الزام الخلف بها [1] • ويمكن القول بنفس حكم القانون المصرى فى هذا الشأن فى القانون اللبنانى رغم انعدام النص باعتبار أن الالتزام فى القانون اللبنانى ينظـر اليه نظرة مادية تستقيم مع انتقاله الى الخلف الخاص على نحو ما يأخذ به المشرع المصرى •

تقسيـم :

١٣ ــ وقد اتخذ كل من المشرع اللبنانى والمشرع المصرى فكرة الحق العينى الاصلى أداة لصياغة نظام الاموال • فالقانون الاساسى فى شـأن الاموال فى لبنان هو قانون الملكية العقارية الصادر به القرار رقم ٣٣٣٩ فى ١٢ تشرين الثانى ١٩٣٠ • وقد اقتصر هذا القانون على تنظيم الحقـوق العينية العقارية دون المنقولة • وقد عددت المادة ١٠ من هذا القانون الحقوق العينية التى ترد على العقار بقولها يمكن أن تجرى على العقارات الحقوق العينية الاتى ذكرها :

---

(١) اسماعيل غانم ، بند ٤ .
فى تطور الفقه والقضاء نحو الاحتجاج بالحقوق الشخصـية على غير المتعاقدين :
Limpens, de l'opposabilité des contrats à l'égard des tiers, Mélanges P. Roubier, 1961, T. II, p. 89 et ss.

١ ــ الملكيــــة •

٢ ــ التصرف •

٣ ــ السـطحية •

٤ ــ الانتفــاع •

٥ ــ حق الافضلية على الاراضى الخالية المباحة •

٦ ــ الارتفاقات العقارية •

٧ ــ حق الرهونات : الرهن ، والبيع بالوفاء •

٨ ــ الامتيازات والتأمينــات •

٩ ــ الــوقف •

١٠ ــ الاجارتــين •

١١ ــ الاجارة الطويلة •

١٢ ــ الخيار الناتج عن وعد البيع » •

وقد أضاف قرار المفوض السامى رقم ١٢ .L.R الصادر فى ١٦ كانون الثانى ١٩٣٤ الى هذه الحقوق حقا آخر هو حق المساقاة •

ويلاحظ فى هذا الشأن أن المشرع اللبنانى قد عدد جميع الحقوق العينية الممكن ورودها على العقاد دون تمييز بين الاصلى منها والذى يدخل فى دراسة نظام الاموال وبين التبعى والذى يدخل فى دراسة التأمينات العينية • لذلك فاننا نستطيع أن نستبعد من الآن من نطاق دراستنا كلا من حقوق الرهونات والامتيازات والتأمينات باعتبارها من قبيل الحقوق العينية التبعية •

أما المشرع المصرى فقد جمع بين الحقوق العينية العقارى منها والمنقول فى التقنين المدنى الجديد ، وميز بوضوح بين الاصلى منها والتبعى فخصص

لكل منها الباب الاول والباب الثانى من قسمه الثانى على التوالى • وقد تعرض المشرع المصرى فى شأن الحقوق العينية الاصلية لكل من حق الملكية ، وحق الانتفاع ، وحق الاستعمال وحق السكنى ، وحق الحكر ، وحق الارتقاق •

ويلاحظ أن كلا من المشرع اللبنانى والمشرع المصرى يجرى على النظرية التقليدية التى تدخل حق الملكية فى دائرة الحقوق العينية الاصلية وتضفى عليه صفة الحق العينى الاصيل معتبرة الحقوق العينية الاصلية الاخرى مجرد حقوق متفرعة عنه • على أننا سوف لا نسير على هذا المنهج فى دراستنا لنظام الاموال وانما سوف نتخذ النهج الآخر الذى يعتبر الملكية حقا خارجا عن تقسيم الحقوق الى حقوق عينية وحقوق شخصية ، ويعتبر هذه الحقوق جميعا محلا ترد عليه الملكية كالاشياء المادية سواء بسواء • على هذا النحو فان دراستنا للحقوق العينية الاصلية فى القانون اللبنانى والقانون المصرى سوف تكون فى الواقع دراسة لنظام الملكية بمعناه الواسع الذى يسير عليه فقه الشريعة الاسلامية فى تحديده لمفهوم الملكية • وسوف نقدم هذه الدراسة فى قسمين أساسيين ، يتناول أولهما دراسة تحليلية لحق الملكية فى خصائصه ومضمونه وأوصافه ، ويتناول الاخر مصادر الملكية •

القسم الاول : حق الملكية

القسم الثانى : مصادر الملكية

القسم الأول

حق الملكية

١٤ ــ تعبر فكرة الملكية ، فى معناها البسيط المستمد من الواقع الذى عاشه الانسان منذ بدأ الخليقة ، عن اختصاص الشخص بشىء من الاشياء اختصاصا يكفل له السيطرة على منافعه وكيانه • والملكية على هذا النحو تفترض شخصا معينا يسند اليه الاختصاص بالشىء المملوك ، طبيعيا كان هذا الشخص أم معنويا وعاما كان الشخص المعنوى أم خاصا ، بما يفضى الى اختلاق خصائصها ، وتتحصل فى مكنات معينة يمارسها المالك على ملكه تعتبر مضمونا لها •

على أن الملكية قد تقترن بعد ذلك بوصف من الاوصاف مما يغير من وضعها العادى •

على هذا النحو نعرض لتحليل حق الملكية فى أبواب ثلاثة :

الباب الاول : خصائص الملكية •

الباب الثانى : مضمون الملكية •

الباب الثالث : أوصاف الملكية •

الباب الأول

خصائص الملكية

١٥ ـــ يعرف العالم فى العصر الحديث نوعين أساسيين من الملكية تجمع بينهما النظم القانونية المختلفة ، هما الملكية الخاصة والملكية العامة . وتختلف خصائص كل نوع من هذين النوعين عن الاخر ، كما يختلف كل منها فى البلاد المختلفة باختلاف النظم الاجتماعية والاقتصادية فيها . غير أن البعض يضيف الى هذين النوعين من الملكية نوعا ثالثا يعرف بالملكية التعاونية .

الفصل الاول : خصائص الملكية الخاصة .

الفصل الثانى : خصائص الملكية العامة .

الفصل الثالث : خصائص الملكية التعاونية .

الفصل الأول

خصائص الملكية الخاصة

١٦ ــ تقوم النظم الرأسمالية أساسا على الملكية الخاصة ، كمــا أن أكثر النظم الاشتراكية تطرفا لم تصل الى حد القضــاء التام على هــذه الملكية•ومع ذلك فهذا النوع من الملكية تختلف خصائصه ، من حيث مضمونه ومدى الحماية المقررة له ، باختلاف النظام الذى يقوم فيه •

الملكية الخاصة والنظام الراسمالى :

١٧ ــ تستمد النظم الرأسمالية فلسفتها من المذهب الفردى الذى يرى أن للانسان حقوقا طبيعية تقتصر وظيفة المجتمع على ضمان احترامها ، ذلك الاحترام الذى يحقق بدوره صالح المجتمع • والملكية الخاصــة فى هــذا المذهب حق طبيعى مقدس يعبر عن حاجة الفرد ، فضلا عن أنه يحقق صالح المجتمع باعتباره أعظم حافز على زيادة الانتاج وتحسينه [١] •

---

(١) كانت الملكية فى العهد الاقطاعى انعكاسا للتكوين الاجتماعى فيه ، ذلك التكوين الذى يميز بين السيد وبين تابعيه . فقد كانت الملكية تتضمن حقين: الملكية الفعلية (domaine utile) وتكون للتابع (Vassal) والملكية الاصلية (domaine iminent) وتكون للسيد (Seigneur) وتتمثل فى بعض المزايا والخدمات التى يؤديها التابع اليه . وبمرور الزمن اقتربت الملكية الفعلية من الملكية الفردية وآلت الملكية الاصلية الى مجرد تكاليف تثقل الارض ، حتى كانت الثورة الفرنسية فحررت الارض من هذه التكاليف الاقطاعيــة وصارت الملكية الفعلية ملكية خاصة لصاحبها (انظر فى ذلك السنهورى ، بند ٢٩٢) .

على هذا النحو ينبسط مجال الملكية الخاصة فى النظم الرأسمالية ليشمل جميع أوجه النشاط الاقتصادى سواء ما كان منها معدا للاستهلاك أو ما كان معدا للاستثمار وانتاج الجديد من الثروات ، ويقتصر مجال نشاط الدولة ، ممثلا فى الملكية العامة ، على المشروعات التى لايقوم عليها الافراد لانها لا تحقق مصلحة خاصة لهم بالرغم مما فيها من نفع محقق للمجتمع .

وبالمثل ينبسط سلطان المالك على ملكه دون ما حدود ترده ، فيكون له كامل السلطات المتصورة على الشىء من استعمال واستثمار وتصرف ،ويكون له الحرية فى مباشرة هذه السلطات أو عدم مباشرتها بما يحقق مصلحته الشخصية دون نظر الى ما قد ينتج عن هذه المباشرة من استغلال للغير أو اضرار به ودون نظر لما قد ينجم عن عدم مباشرتها من تعطيل لثروات المجتمع ، كما يكون له أن يمنع الغير من الانتفاع بملكه ولو لم يكن يترتب على هذا الانتفاع أى ضرر له . ومن هنا كان القول بأن الملكية حق مطلق يمتد الى جميع السلطات المتصورة على الشىء ، وحق دائم لا يسقط بترك الشىء المملوك أو عدم مباشرة سلطات الملكية عليه مهما طالت مدة الترك أو عدم المباشرة ، وحق مانع يجعل المالك وحده متمتعا بسلطات الملكية دون مشاركة من أحد .

ونتيجة لذلك فان وظيفة الدولة الاساسية تتمثل فى حماية الافراد من كل اعتداء يقع من أحدهم على الاخر فى ملكه . أما أن تمتد يد الدولة الى تقييد المالك فى ممارسته لسلطاته بحجة منع استغلاله لمن يرتبط بهم فى هذه الممارسة أو منعه من الاضرار بالغير ، واما أن تمتد يدها الى انتزاع الملكية من صاحبها بحجة اعادة توزيع الثروة توزيعا عادلا ، فذلك ما يخرج عن حدود وظيفتها .

واذا كانت المادة ٥٤٤ من القانون المدنى الفرنسى الذى يعتبر نموذجا

للنظرية الرأسمالية فى الملكية تردف تعريفها للملكية بأنها حق فى التمتع والتصرف فى الاشياء بطريقة مطلقة باشتراطها أن لا يكون استعمال هذه الاشياء مما تحظره القوانين واللوائح ، فان واضعى هذا القانون لم يكن فى أذهانهم سوى بعض الارتفاقات المتعلقة بالمصلحة العامة والتشريعات المتعلقة بالاماكن الخطرة ونزع الملكية للمصلحة العامة .

ويقوم النظام اللبنانى على أساس من الملكية الخاصة ، حيث دور الملكية العامة فيه محدود . غير أن الملكية الخاصة فى هذا القانون قد خففت من غلوائها تحت تأثير التيارات الاجتماعية التى تركت بصماتها على جميع قوانين الملكية فى فى العالم منذ بداية القرن العشرين . فاذا كانت الملكية ــ كما يظهر من قانون الملكية العقارية ــ تجمع فى يد المالك جميع السلطات المتصورة على الشىء وتجعل منها حقا دائما ، فان هذا القانون قد وضع القيود الاساسية على ممارسة هذه السلطات على ما سوف نراه بالتفصيل ، فضلا عن أن هذه الممارسة تخضع لمبدأ عدم التعسف فى استعمال الحق المقرر فى قانون الموجبات والعقود ولكثير من القيود الاخرى فى القوانين الخاصة على النحو الذى نراه فيما يتعلق بقوانين الايجار .

الملكية الخاصة والنظام الاشتراكى :

١٨ ــ أما النظم الاشتراكية فتستمد فلسفتها من المذهب الاجتماعى الذى يرى أن الفرد ليس له كيان مستقل عن الجماعة التى يعيش فيها ، وينكر وجود حقوق طبيعية للفرد سابقة على وجوده ، ويرى أن من حق المجتمع التدخل لمنع استغلال الانسان لاخيه الانسان . لذلك فالفكر الاشتراكى ينادى بضرورة الغاء الملكية الخاصة لوسائل الانتاج الغاء تاما باعتباره الوسيلة الوحيدة للقضاء على الاستغلال ، فالقضاء على هذا الاستغلال يقتضى أن يحصل العامل على جميع ما ينتجه باعتبار عمله هو

المصدر الوحيد لانتاجه ، ولكن الواقع أن المالك فى ظل نظام الملكية الخاصة يقاسمه هذا الانتاج بمقتضى ملكيته لوسائل الانتاج ، ومن ثم فالسبيل الى الغاء هذا الاستغلال هو القضاء على الملكية الخاصة لوسائل الانتـــاج ، وجعل العمل هو المعيار الوحيد للتوزيع فى الجماعة •

لذلك فالتطبيقات الاشتراكية تكاد تلغى الملكية الخاصة لوسائل الانتـــاج وتقصرها على وسائل الاستهلاك • بل ان الفقهاء فى البلاد الاشتراكيـــة يأنفون من تسمية هذه الملكية بالملكية الخاصة لاقتران الملكية الخاصـــة فى أذهانهم باستغلال الانسان للانسان •

كذلك فالملكية الخاصة فى البلاد الاشتراكية لا تتمتع على هذا النحو من حيث مضمونها بأى من الخصائص التى تتمتع بها فى النظام الرأسمالى • فسلطان المالك على ملكه مقيد دائما بما تقتضيه أهداف النظام الاشتراكى ، سواء فيما يتعلق بمدى حريته فى الانتفاع بملكه ، أو فى مدى دوامه معقودا له ، أو فى مدى استئثاره به •

وأخيرا فالملكية الخاصة فى هذه البلاد تعتبر مرحلة تطـــور مآلهـــا الى الزوال عندما يصل المجتمع الاشتراكى الى مرحلته النهائية •

وطبيعى أن تنعكس هذه النظرة الى الملكية الخاصة على مدى الحماية المقررة لها وعلى وسائل هذه الحماية • فالملكية الخاصة ترتفع عنها حماية القانون كلما أصبحت متعارضة مع البرنامج السياسى الاشتراكى سواء تمثل هذا التعارض فى مساسها بالمصلحة العامة أو بمصلحة خاصة أخـــرى يرى القاضى أنها أقرب الى التعبير عن أهداف المجتمع الاشتراكى • والملكية الخاصة تقتصر حمايتها على وسائل القانون العام دون وسائل الحمـــاية الاخرى الاستثنائية التى تتمتع بها أنواع الملكية الاخرى (١) •

---

(١) K. S. Toyanovitch, op. cit., No. 123.

١٩ ــ واذا كانت مصر قد انحازت الى النظام الاشتراكى فانها لم تذهب الى حد الغاء الملكية الخاصة لوسائل الانتاج ، وانما اكتفت بتحقيق سيطرة الدولة على وسائل الانتاج الاساسية التى تتمثل فى هياكل الانتاج والمصارف والجانب الاعظم من قطاع الصناعة والتجارة .

لذلك فان مطالعة نصوص الميثاق والقوانين المختلفة المتعلقة بالعلاقات الناشئة عن الملكية تنبىء عن استناد النظام الاشتراكى المصرى الى تعايش القطاع الخاص مع القطاع العام ، فى الحدود التى تكفل سيطرة الاخير (١). غير ان هذا التعايش يفترض بالضرورة تشكيل سلطات الملكية الخاصة ومدى الحماية المقررة لها تشكيلا يرتفع بوظيفتها الاجتماعية الى قمة مستواها ويباعد بينها وبين خصائص الملكية الخاصة فى النظام الرأسمالى .

فمن ناحية تنظيم استعمال المالك لسلطاته نجد أن النظام الاشتراكى فى مصر ان كان يبقى على الملكية الخاصة فى الحدود السابق بيانها ، فانه يعيد صياغة العلاقات المختلفة الناشئة عنها (٢) صياغة تكفل لكل من المشتركين فى استثمارها نصيبا عادلا فى الربح والانتاج . فعلاقة المالك بالعامل تتحول بالتدريج من علاقة تقوم على العرض والطلب على العمل لتصبح علاقة شركة فى الربح وفى الادارة ، عن طريق القوانين التى تحدد الاجور وتشرك العامل فى الربح وفى ادارة المشروع ، وعلاقة المالك بمستهلك السلعة أو الخدمة التى يقدمها المالك تتحول من علاقة تقوم على العرض والطلب

---

(١) انظر فى هذا الصدد كتابنا سالف الذكر ، بند ١٩ و ٢٠ ، ص ٣٦ وما بعدها .

(٢) فى تحليل العلاقات المختلفة المترتبة على الملكية الرأسمالية انظر :
Karl Renner, The institutions of private law and their social functions, 1949, specially, ch. 4, section II.

(٣) على البارودى ، فى سبيل نظام قانونى موحد للمشروع العام ، بند ٨١

على هذه السلعة أو الخدمة الى علاقة يحدد فيها للمالك المنتج ربح معلوم يتناسب مع دوره فى الانتاج ، عن طريق القوانين التى تحدد أثمانا مدروسة للسلع والخدمات ، وايجارا للاراضى الزراعية . وعلاقة المالك بجاره لا يحكمها مبدأ اطلاق يد المالك فى الانتفاع بملكه واستئثاره بهذا الانتفاع وانما يحكمها تنظيم عادل لعلاقات الجوار عن طريق منع المالك من الاضرار بجاره ضررا غير قانونى وتمكين الجار من استعمال هذا الملك اذا اقتضت الضرورة ذلك وفى نظير التعويض العادل .. الخ . هذا بالاضافة الى أن خضوع الانتاج والتوزيع فى مصر لمبدأ التخطيط الشامل يفترض توجيه الملكية الخاصة ، مثلها فى ذلك مثل ملكية القطاع العام ، لخدمة أهداف الخطة، وخضوعها لاحكامها .

أما من ناحية الحماية الواجبة للملكية الخاصة فى مصر ، فان بقاء هذه الملكية مرهون بما تحققه من نفع اجتماعى . لذلك فاذا كان للمالك جميع السلطات المتصورة على الشىء ، فليس له الحرية فى استعمال هذه السلطات أو عدم استعمالها دون أن يترتب على ذلك التأثير فى وجود الحق ذاته . فقعود المالك عن مباشرة ملكه يضر بالمجتمع بتعطيل ثرواته . ومن ثم يثور التساؤل حول مدى امكان تخويل الدولة حق اسقاط الملك عنه فى هذه الحالة بحيث يؤول اليها فتقوم باستثماره بنفسها أو تقوم بتوزيعه على الافراد . بل ان التساؤل يثور فى هذا الصدد عما اذا كان من المناسب تجريد المالك من حق الملكية اذا كان لا يحافظ على الشىء المملوك له والعناية به العناية الواجبة . هذا بالاضافة الى أن بقاء الملكية الخاصة مرهون بعدم فتحها الباب الى التحكم فى الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية . لذلك لم يعد مساس الدولة بالملكية الخاصة قاصرا على نزع الملكية للمنفعة العامة أو الاستيلاء عليها استيلاء مؤقتا فى الحالات الطارئة أو المستعجلة فى مقابل تعويض عادل ، وانما أصبح التأميم وحراسة الطوارىء أو الامن جزاء لخروج الملكية الخاصة عن وظيفتها الاجتماعية .

الفصل الثانى

خصائص الملكية العامة(١)

٢٠ — لا شك فى أن الاتجاه نحو الملكية العامة ، بنقل وسائل الانتاج من سيطرة الافراد الى سيطرة الجماعة ، قد أضحى فى الوقت الحاضر اتجاها عالميا نجده فى سائر الدول رغم تفاوت أنظمتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، وان اختلف بعد ذلك فى مدى تطبيقه وفقا لهذه الانظمة ذاتها . فالدول الرأسمالية وان قامت أساسا على الملكية الخاصة ، كما رأينا ، الا أنها تكاد تتفق على الاختصاص ببعض أوجه النشاط الاقتصادى ذات الطابع الحيوى ، كاصدار أوراق البنكنوت وادارة السكك الحديدية . أما الدول الاشتراكية فتقوم أساسا على عداء الملكية الخاصة باعتبارها أداة استغلال الانسان للانسان ، أو فى الاقل ترى أن قيام مجتمع الكفاية والعدل ، الذى تسعى الى تحقيقه ، يتطلب قيام قطاع عام يحتل مركز القيادة الاقتصادية فيوجه التقدم ويفرضه . لذلك فالملكية العامة فى هذه الدول الاخيرة تمتد الى كل وسائل الانتاج بالمعنى الواسع ، كما هو الحال فى الاتحاد السوفيتى ، أو تحتل مركز الصدارة مع الاحتفاظ للملكية الخاصة بنطاق يختلف باختلاف ظروف التطبيق ، كما هو الحال فى دول أوربا الشرقية وفى الجمهورية العربية المتحدة .

---

(١) أخذنا بهذه التسمية عنوانا لهذا المبحث على سبيل المقابلة مع الملكية الخاصة دون أن نقصد المصادرة على المطلوب فيما يتعلق بتكييف هذا النوع من الملكية وبيان نظامه القانونى .

الملكية العامة ونظامها القانونى فى الدول الراسمالية :

٢١ ــ استقر الرأى فى الدول الرأسمالية على أن الاشياء التى تسيطر عليها الدولة وغيرها من الاشخاص الاعتبارية العامة ، تعتبر مملوكة لها ، فتتمتع عليها بسلطات المالك ويكفل لها القانون الحماية المكفولة له • على أن بعض هذه الدول على الاقل ــ استمرارا لتقاليد القانون الرومانى والقرون الوسطى من بعده ــ تنتزع من بين هذه الاشياء المملوكة للدولة أو لغيرها من الاشخاص الاعتبارية العامة نطاقا معينا تضفى عليه حماية خاصة بالنظر للتخصيص المعد له وتطلق عليه الاشياء العامة أو « الدومين العام » (Domaine public) وتخضعه للقانون العام [١] ، بالمقابلة بينها وبين بقية الاشياء المملوكة للدولة أو الاشخاص المعنوية العامة والمعروفة بالاشياء الخاصة أو « الدومين الخاص » (Domaine privé) الذى يظل خاضعا للقانون الخاص •

---

(١) ثار الخلاف فى فرنسا ومصر حول تكييف حق الدولة على الاشياء العامة . فذهب رأى الى أن حق الدولة على هذه الاشياء ليس حق ملكية بالمعنى الصحيح وانما هو مجرد ولاية اشراف وحفظ وصيانة ، كمظهر من مظاهر سيادتها . ذلك أن جوهر الملكية هو عناصرها الثلاثة من استعمال واستثمار وتصرف ، وهذه لا تتوافر للدولة على الاشياء العامة (فى عرض هذا الرأى وتأييده أنظر : محمد على عرفة ، بند ١٢١ ــ ١٢٦) .

ولكن الرأى الراجح يقر أن حق الدولة على الاشياء العامة هو حق ملكية بالمعنى الدقيق ، وان كانت هذه الملكية مقيدة بالغرض المخصصة له هذه الاشياء . ففضلا عن أن الدولة تتمتع على هذه الاشياء بما يتمتع به المالك من الحصول على منافعه من ثمار وحاصلات ، وتستطيع التصرف فيها بالفعل باتباع الاجراءات التى يرسمها القانون لذلك (انهاء تخصيص الشىء للمنفعة العامة) ، فان جوهر الملكية لا يكمن فى الواقع فى هذه السلطات وانما فى حيازة الشىء وامكان تعيين المنتفعين به ، سواء انتفع به المالك بنفسه أو جعل هذا الانتفاع لغيره ، وهذان العنصران يتوافران بلا شك فى علاقة الدولة بالاشياء العامة (فى هذا الصدد راجع بصفة خاصة محمد زهير جرانة ، حق الدولة والافراد على الاموال العامة ، ١٩٤٣ ، ص ١٢٤ وما بعدها . وانظر أيضا : محمد كامل مرسى ، الحقوق العينية الاصلية ، جـ ١ ، بند ١١٤ ، السنهورى ، بند ٦٤ وما بعده ، مصطفى أبو زيد فهمى ، نظرية المرافق العامة ، ١٩٥٧ ، بند ٧٧٠ وما بعده ، سليمان محمد الطماوى ، مبادىء القانون الادارى ، ١٩٦٦ ، ص ٦٠٥ وما بعدها) .

ويختلف الفقه فى تحديد الاشياء العامة من معيار الاشياء التى لا تقبل بطبيعتها أن تكون محلا للملكية الخاصة ، الى معيار الاشياء التى تخصص بالفعل أو بقرار السلطة المختصة لمنفعة الجمهور ، الى معيار الاشياء المخصصة لخدمة المرافق العامة ، ليستقر على معيار التخصيص للمنفعه العامة ، على نحو ما تقضى به المادة ٨٧ من القانون المدنى المصرى التى تنص (بعد تعديلها بالقانون رقم ٣٣١ لسنة ١٩٥٤) على أنه « تعتبر أموالا عامة ، العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار جمهورى أو قرار من الوزير المختص »[1] .

أما فى لبنان فقد اكتفى قانون الملكية العقارية بالاشارة الى العقارات العامة عندما نص فى مادته الثامنة على أن « العقارات المتروكة المحمية هى العقارات التى تخص الدولة أو البلديات ، وتكون جزء من الاملاك العامة » ولكن القرار رقم ١٤٤ الصادر بتاريخ ١٠ حزيران ١٩٢٥ يقرر فى مادته الاولى أن الاملاك العامة تشمل جميع الاشياء المعدة بسبب طبيعتها لفائدة الجميع أو لفائدة مصلحة عامة،ثم يعود فى مادته الثانية فيعدد بعض الاشياء العامة كشاطىء البحر ومجارى المياه وقنوات الملاحة والسدود البحرية أو النهرية والشوارع .. الخ . ومن المتفق عليه فى الفقه اللبنانى[2] أن هذا التعداد للاشياء العامة قد ورد على سبيل المثال وليس على سبيل

---

(١) راجع فى هذه المعايير المختلفة والقائلين بها : السنهورى ، بند ٤٦ ، مصطفى أبو زيد فهمى ، بند ٧٣٥ وما بعده ، سليمان محمد الطماوى ، ص ٥٨١ وما بعدها .

(٢) راجع فى هذا الشأن : شفيق حاتم ، محاضرات فى القانون الادارى (اللبنانى) (على الالة الكاتبة) ، ١٩٦٥ ، ص ٢٧٤ وما بعدها ، زهدى يكن ، شرح مفصل لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ، بند ٦٥ وما بعده .

الحصر ، وأن العبرة فى شــأن اعتبــار الشىء المملوك للدولة وغــيرها من الاشخاص العامة من قبيل الاشياء العامة أو الخاصة بمعيــار التخصيص للمنفعة العامة الذى استقر عليه الفقه الفرنسى والذى سجلته فى وضــوح المــادة ٨٧ من التقنين المدنى المصرى الجديد • وعلى ذلك فالاشياء العامة من القانون اللبنانى هى الاشياء المخصصة لغرض معين هو المنفعة العامة ، وهذا التخصيص يتم برصد الشىء لهــذا الغرض بطريق فعلى أو بطريق رســمى •

وتخصيص الشىء للمنفعة العامة يقتضى اضفاء حماية خاصة عليه ، ضمانا لاستمرار وفائه بالغرض المخصص له • فتخصيص الشىء للمنفعة العــامة يتنافى مع امكان نقل ملكيته للأفراد ، أو اكتسابهم حقا عليه يتعارض مــع هذا التخصيص ، أيا كان طريق اكتساب هذا الحق • ومن هنا كان تقــرير عدم جواز التصرف فى الاشياء العامة أو الحجز عليها أو تملكها بالتقــادم ، فى المادة ٨٧ من التقنين المدنى وفى المادة ٢٥٦ من قانون الملكية العقــارية والمادة الاولى من القرار رقم ١٤٤ الصادر فى ١٠ حزيران ١٩٢٥ فى لبنان • فالتصرف فى الشىء العام ، ببيع ، أو رهن ، أو خلافه ، يبعده بطريق مباشر أو غير مباشر عن المنفعة المخصص لها • والحجز على الشىء العام من دائن الدولة أو الاشخاص المعنوية العامة يؤدى الى خروجه عن التخصيص المعد له ببيعه جبرا عن مالكه • والتقادم يؤدى الى نفس النتيجة من خروج الشىء عن الغرض المخصص له •

وطبيعى أنه اذا ما انتهى تخصيص الشىء للنفع العام زالت صفته العامة وأصبح من الممكن لمالكه التصرف فيه ولدائنيه الحجز عليه وللغير اكتساب حق عليه بالتقادم • ويزول التخصيص بطريق فعلى أو بطريق رسمى كما نشأ • لذلك فاذا أراد الشخص المعنوى العام التصرف فى الشىء العــام

وجب عليه استصدار قانون أو اقرار بانهاء تخصيصه للمنفعة العـــامة قبل التصرف والا كان التصرف باطلا •

ولا شك أن هذا النظام القانونى للأشياء العامة ، بعنـــاصره الثلاثة ، يستجيب الى طبيعة المنفعة العامة فى النظام الرأسمالى • فالمنفعة العامة فى هذا النظام تكاد تنحصر فى مجال الخدمات العامة التى تؤديها أشـــياء مثل الطرق والشـــوارع والانهـــــار والترع العـــامة والمدارس والمستشفيات والاسواق • وقيام هذه الاشياء بمثل هذه الخدمات لا يقتضى منها حركة أو انتقالا ، بل يقتضى أن تظل بقدر الامكان كما هى لا تباع ولا توهب ولا ترهن ولا يحجز عليها ولا تتملك بالتقادم [1] •

الملكية العامة ونظامها القانونى فى الدول الاشتراكية :

٢٢ ـــ أما فى الدول الاشتراكية فلا زالت مشكلة الملكية العامة ونظامهـــا القانونى من المشاكل الدقيقة التى لم يكتب لها بعد الحل الحاسم • فالنظم الاشتراكية تهدف من الناحية السياسية الى تحقيق السيطرة الكاملة لمجموع الشعب أو « الامة » على وسائل الانتاج ، سيطرة تكفل حسن استثمارها وتوجيهها لمصلحة هذا المجموع دون استغلال من فرد من الافراد أو طبقة من الطبقات • ولقد كان لهذا الهدف أثر كبير على التصوير الذى يرتضـــيه الفقه الاشتراكى للملكية العامة ونظامها القانونى • فمن المعروف أن هـــذا الفقه ينفر من التصوير التقليدى للملكية باعتبـــاره تعبيرا عن اختصـــاص الشـــخص المالك بالشيء المملـــوك ، ذلك الاختصاص الذى يعتبره الفقـــه الاشتراكى مصدر استغلال الانسان لاخيه الانسان • لذلك يحرص الفقه الاشتراكى على اعطاء الملكية العامة جوهرا جديدا يبعدها عن الاختصـــاص

---

(١) على البارودى ، المرجع السابق ، بند ١١٠ .

الذاتى فى الملكية التقليدية ، ويتمثل هذا الجوهر الجديد فى اسناد الملكية الى مجموع الشعب أو الامة • ومن هنا كانت تعبيرات « الملكية الشعبية » و « الملكية الجماعية » • على أن التطبيقات الاشتراكية تختلف بعد ذلك فى اختيار الطريق الى تحقيق هذا النوع الجديد من الملكية • فاذا كان القضاء على الملكية الخاصة لوسائل الانتاج ، عن طريق التأميم ، يقتضى فى البداية اسناد هذه الملكية الى الدولة الاشتراكية ، فان التساؤل لا يلبث أن يثور حول ما اذا كان انتقال الملكية الى « الدولة الاشتراكيــة » كافيــا لتحقيق الملكية « الشعبية » أو « الجماعية » أم أن هذا الانتقال مجرد خطوة فى الطريق الى الغرض المنشود •

وفى هذا الصدد يذهب التطبيق السوفيتى الى أن القضاء على الملكيــة الخاصة لوسائل الانتاج بنقلها الى الدولة ، يعتبر شرطا ضروريا وكافيــا فى نفس الوقت لتحقيق الملكية « الشعبية » أو « الجماعيــة » • فالدولة الاشتراكية هى دولة مجموع العاملين وليست دولة طبقة أو أخرى كمــا هو الحال فى الانظمة الاجتماعية والاقتصادية الاخرى ، وانتقال الملكية الى الدولة الاشتراكية على هــذا النحــو يمتنع معه كل اســتغلال لان الدولة الاشتراكية ما هى الا التجسيد القانونى للشعب •

ويأخذ الفقهاء اليوغوسلاف على الطريق الذى سلكته التجربة السوفيتية لتحقيق الملكية « الشعبية » أو « الجماعية » أن تملك الدولة لوسائل الانتاج لا ينفى أن من يمارس سلطات هذه الملكية هم فى النهاية الافراد القائمــون على الحكم ، مما لا ينأى بها عن الاستغلال الذى تمارسه الدولة الرأسمالية اذا ما تملكت وسائل الانتاج •

لذلك يذهب هؤلاء الفقهاء الى أن تملك الدولة لوسائل الانتاج ليس سوى وسيلة للقضاء على الرأسمالية ، ولكنه لا يتضمن فى ذاته تحقيق الملكيــة

« الشعبية » أو « الجماعية » . فتحقيق هذه الملكية يتطلب مرحلة أخرى ايجابية ــ فيما وراء القضاء على الرأسمالية ــ تتمثل فى تحرير العامل المشترك فى الانتاج بالغاء تبعيته لرب العمل ، ونقل ملكية وسائل الانتاج الى الدولة لايعدو أن يكون احلالا لرب عمل جديد محل أرباب العمل المتعددين السابقين . لذلك فالملكية « الشعبية » أو « الجماعية » قوامها فى يوغوسلافيا الغاء الاختصاص بالاشياء بطريق مباشر ، حتى ولو كان هذا الاختصاص معقودا للدولة كممثل للشعب . ويتم الغاء هذا الاختصاص عن طريق توزيع سلطات الملكية المعروفة بين المشروع الاقتصادى ــ ممثلا فى هيآته المختلفة ــ وغيره من التنظيمات الاقتصادية وبين المجتمع ممثلا فى الدولة ومختلف الهيآت السياسية من محلية ومركزية [1] بحيث تباشر كل من هذه الهيئات والتنظيمات على الشىء حقا ذاتيا مستقلا تستمده من القانون مباشرة، وبحيث لا تستطيع أى منها ادعاء ملكية لنفسها . وبذلك تصبح الملكية « الشعبية » أو « الجماعية » مجرد تعبير عن العلاقات القانونية الجديدة التى تحكم الانتاج والتوزيع فى المجتمع ، أكثر من تعبيرها عن الاختصاص بالشىء المملوك ، ذلك الاختصاص الذى يذوب بين مختلف التنظيمات الاقتصادية والسياسية فى المجتمع .

٢٣ ــ ويلاحظ فى هذا الشأن أن النظام الاشتراكى اذا كان يهدف بطبيعته الى منع الاستغلال وتحقيق سيطرة الشعب على الانتاج والتوزيع فى المجتمع ، فان هذا هو مقصد الفقه الاشتراكى عندما يتكلم عن «ملكية

(١) راجع فى هذا الموضوع :

Jean-Pierre Ferretjan, Essai sur la notion de propriété sociale, Paris, 1963, p. 151 et ss; Albert Meister, Le fonctionnement des institutions de self gouvernement local dans une commune yougoslave, Revue des études coopératives, 1964, p. 101 et ss.

الشعب » أو « الملكية الجماعية » كصورة جديدة من صور الملكيـــة . فالمقصـــود بذلك التعبير عن دور الشعب فى تحديد الانتاج والرقابة عليه ودوره فى توزيع ناتج الملكية العامة . ولكن كيف تتحقق هذه السيطرة ؟ والى أى حد يؤثر تحققا فى جوهر الملكية العامة ؟

لا صعوبة فى الاجابة على السؤال الاول : فالانتاج والتـــوزيع فى المجتمع الاشتراكى تحدده وتفصله الخطة الاقتصادية ، ومن ثم فتحقيق سيطرة الشعب على الانتاج والتوزيع فى المجتمع انما يتم عملا عن طريق دوره فى رسم الخطة الاقتصادية للانتاج والتوزيع . وكلما كان رسم هذه الخطـــة ديموقراطيا كلمـــا تحقق للشعب مزيد من السيطرة على الانتـــاج والتوزيع [1] . ولكن هـــذه الاجابة تحدد بدورها الاجابة على السؤال الاخر . فطالما كان تحقيق سيطرة الشعب على الانتاج والتوزيع يتم عن طريق قيامه بالدور الفعال فى الخطة الاقتصادية ، فان هـــذه الســـيطرة لا تستنفذ فكرة الملكية باعتبارها تعبر عن سلطات معينـــة تثبت لشخص معين على شىء من الاشياء أو باعتبارها أداة فنية قانونية لصياغة العلاقة بين الاشخاص والاموال . ففكرة ملكية « الشعب » أو « الملكية الجماعية » اذن فكرة سياسية أو اقتصادية وليست فكرة قانونية .

٢٤ — وفى مصر كان من المسلم به ، طبقا لاحكام المادة ٨٧ من القانون المدنى المصرى ، تملك الدولة والاشخاص المعنوية العامة لما يقع تحت سيطرتها من أشياء ، على نحو يجعل كلا منها مستقلا بملكية الاشياء الخاصة به . غير أن التحول الاشتراكى قـــد طرح مشكلة هـــذه الملكية من

---

(١) انظر فى الطابع الديموقراطى للتخطيط فى الميثاق : على البارودى ، دروس فى الاشتراكية العربية ، بند ٨٠ ، فى سبيل نظام قانونى موحـــد للمشروع العام ، بند ٣٢ ، ٣٣ .

جديد بالنسبة للاشياء المؤممة والتى تقوم عيها مشروعات عامة تتمتع بالشخصية المعنوية . ومثار الصعوبة فى هذا الشأن أن النصوص التشريعية ـ سواء فى مصر أو فى غيرها من البلاد التى عمدت الى تأميم كثير من المشروعات الخاصة كفرنسا ـ تبدو غامضة الى درجة يمكن معها القول بأن مشكلة الملكية بالمعنى القانونى لم تخطر على بال المشرع. فالمادتان ٢٥ و٢٦ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ الخاص بالمؤسسات وشركات القطاع العام فى مصر تعتبران رأس مال المشروع مملوكا فى نفس الوقت له وللمؤسسة العامة والدولة على نحو يفقد معه لفظ الملكية فى هذا الصدد كل مدلول [1] .

ولقد قال بملكية الدولة للاشياء المؤممة التى تدخل فى ذمة المشروع العام مع تحديد حق المشروع عليها بالانتفاع والادارة ، جانب من الفقه الفرنسى ، مستندا فى ذلك الى أن « الامة» هى صاحبة المصلحة فى التأميم وأن الدولة هى التشخيص القانونى الوحيد للامة ، فضلا عن أن قوانين التأميم ذاتها تنص على انتقال ملكية المشروعات المؤممة للدولة [2] وقد سبق أن رأينا أن هذا الاتجاه يتبناه التطبيق السوفيتى .

ولكنا قد سبق أن رأينا أن مسألة كون الامة هى صاحبة المصلحة فى التأميم مسألة سياسية لا تفيد الفقيه عند البحث عن الحل القانونى السليم [3] . كذلك لا يمكن الارتكان الى النصوص ، طالما كانت غير قطعية

---

(١) على البارودى ، المرجع السابق ، بند ١٥١ .

(٢) من هذا الراى :

J. Boulouis, Note sous Conseil d'Etat, 1-2-1950, S. 1951, III, 61.

Louis Jacquignon, Le régime des biens des entreprises nationales, Paris, 1956, T. I, No. 147 et ss. No. 168 et ss.

(٣) راجع فى تفصيل ذلك كتابنا سابق الذكر ، بند ٢٧ ، ص ٥١ وما بعدها ، وانظر بند ٢٣ من هذا المؤلف .

الدلالة ، أمام ما قد يتضح من وجوب الاخذ بحل آخر مخالف لما قـد توحى به • والواقع أن اسناد ملكية الاشياء المؤممة الى الدولة يفسر هيمنتها على المشروع وعلى التخصيص المعد له وبالتالى على الاشياء التى يتخذها وسيلة لتحقيق أغراضه ، ولكنه لا يقدم تفسيرا لثبوت سلطة التصرف فى هـذه الاشياء للمشروع العام ذاته • فالمشروع يستطيع التصرف فى الاشـياء الموجودة فى ذمته ــ بالشروط وبعد اتخاذ الاجراءات الواجبة بالطبع ــ ونقل ملكيتها بالبيع للافراد أو المشروعات العامة الاخرى أو الدولة ، حتى فى الاتحاد السوفيتى ، فكيف تكون الدولة هى المالكة ويمكن للمشروع أن يبيع ما تملكه لها أو لغيرها (١) ؟

وقال جانب آخر من الفقه الفرنسى بالاعتراف لكل من الدولة والمشروع ذاته بالملكية ، على نحو ما كان معروفا فى النظام الاقطاعى بالنسبة للارض، بحيث تكون الملكية الاصلية للدولة وتكون الملكية النافعة للمشروع (٢) • فثبوت الملكية الاصلية للدولة يفسر هيمنتها على مصير المشروع وادارته ، وثبوت الملكية النافعة للمشروع يفسر دوره فى الادارة وفى التصرف •

ولعل هذا الرأى يقدم تفسيرا لنصوص التأميم فى فرنسا التى تقضى بنقل ملكية الاشياء المومة للدولة وتحتفظ فى نفس الوقت للمشروع الذى تدخل هذه الاشياء فى ذمته بالشخصية المعنوية • ولكن يؤخذ عليه أن فكرة

---

(١) K. Stoyanovitch, op. cit., No. 127.

(٢) J. Rivero, Le régime des nationalisations, 1948, No. 44, 493 594, et s., 700; idem, L'évoltion du droit des entreprises nationalisées, 3ème Colloque des Facultés de Droit, Grenoble, Treillard, La notion juridique d'entreprise et l'expérience des nationalisations, R.T.D. Com. 1953, p. 605; Louis Jacquignon, op. cit., No. 157 et ss.

الملكية الاصلية كانت تعبر عن سلطة معينة للسيد (Seigneur) الاقطاعى تقابل فى العصر الحديث حق الدولة فى السيادة ، وهو حق مسلم به للدولة الحديثة دون أن يختلط بالملكية فى ذاتها (١) •

وأخيرا يذهب جانب ثالث من الفقه الفرنسى الى القول بملكية المشروع للاموال التى تدخل فى ذمته • فاسناد الملكية الى المشروع ذاته هو السبيل الوحيد لتفسير سلطات المشروع فى استعمال واستثمار والتصرف فى الاشياء محل الملكية (٢) •

ولعل ما يمنع من الاجماع على هذا الرأى الاخير هو ما لاحظه الفقه من خضوع المشروع فى ممارسته لسلطات الملكية لهيئات الرقابة المختلفة ، وسيطرة الدولة على التخصيص المعد له المشروع ، وعودة الربح الذى يحققه خزينتها فى النهاية •

٢٥ ــ خلاصة القول أن الفقه فى بحثه عن صاحب الملكية العامة يدور فى حلقة مفرغة • فالقول بملكية الدولة للاشياء الداخلة فى ذمة المشروعات العامة يتجاهل قيام هذه المشروعات بنفسها بممارسة سلطات الملكية على هذه الاشياء من استعمال واستثمار وتصرف • والقول بملكية المشروع العام ذاته لهذه الاشياء يتجاهل أيلولة الارباح الناتجة عن استثمار هذه الاشياء فى

---

(١) فى هذا المعنى على البارودى ، المرجع السابق ، بند ١٥٣ ، Loius Jacquignon ,op. cit., No. 158 et la bibliographie cité, p. 207 et ss.

(٢) Fr. Luchaire, Le statut des entreprises publiques, D.S. 1947. (مشار اليه فى Louis Jacquignon ، المرجع السابق ، ص ٢٠١) L'Huiller, chron. au D. 1949, p. 129; G. Videl, note au j.c.p., 1952, II, 7321, idem.,

النهاية الى خزينة الدولة . والاعتراف للدولة بالملكية الاصلية وللمشروع بالملكية النافعة يعود فى النهاية الى ملكية المشروع وحده .

ولعل السبيل الوحيد الذى قد يقدم حلا للخروج من هذه الحلقة هو التسليم بأن الملكية لا ترد فقط على الاشياء وانما ترد كذلك على الاشخاص المعنوية ، على نحو ما سبق أن رأينا [١] .

فالتسليم بذلك من شأنه أن يمكن من تصور تدرج الملكية من المشروع العام الى الدولة . فالمشروع العام يملك وحده الاموال التى تدخل فى ذمته فيكون له عليها سلطات المالك المختلفة من استعمال واستثمار وتصرف ، ولكن المشروع العام ذاته كشخص معنوى يعتبر مملوكا للمؤسسة فتئول أرباحه اليها وتكون لها السيطرة على نشاطه ووجوده ، والمؤسسة هى الاخرى كشخص معنوى تعتبر مملوكة للدولة فتئول اليها أرباحها بمقتضى هذه الملكية وتكون لها كذلك السيطرة التامة عليها فى توجيه نشاطها وفى وجودها . ولكن الدولة تعتبر نهاية المطاف فى هذا التدرج باعتبارها التشخيص القانونى للشعب أو الامة .

وبذلك يصبح من اليسير تفهم قيام المشروع العام بالتصرف فى الاشياء الموجودة فى ذمته فى الوقت الذى تصل فيه أرباحه فى النهاية الى الدولة ، كما يصبح من اليسير تفهم سيطرة الدولة على التخصيص المعد له المشروع أو المؤسسة وتوجيهه .

على هذا النحو يمكن أن يفهم نص المادتين ٢٥ و ٢٧ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ على أن المقصود به ليس أن رأس مال المشروع يعتبر مملوكا له وللمؤسسة وللدولة فى نفس الوقت ، وانما أن رأس مال المشروع يكون مموكا له ولكن المشروع ذاته يكون مملوكا للمؤسسة والمؤسسة تكون مملوكة للدولة .

---

(١) أنظر ما تقدم ، بند ١١ .

بهذا يتضح أن فكرة الملكية العامة فى النظام الاشتراكى لا تختلف عن الفكرة التقليدية للملكية من حيث كونها اختصاص بالشىء المملوك ينعقد لشخص من الاشخاص فيخوله استعماله واستثماره والتصرف فيه • وهذا الاختصاص ينعقد للشخص المعنوى الذى يقع الشىء فى ذمته سواء كان هو الدولة أو شخصا معنويا آخر أو كان مشروعا تجاريا عاما ، ولـكن المشروع التجارى العام كشخص معنوى يكون مملوكا للدولة مباشرة أو لمؤسسة مملوكة بدورها للدولة •

٢٦ — ولكن لمـا كان التقنين المدنى المصرى يتعرض للاشياء المملوكة للدولة وغيرها من الاشخاص الاعتبارية العامة فيفرق ، كما رأينا ، فى المـادة ٨٧ منه بين ما كان منها عاما وما كان خاصا ، ويضفى على العام حماية خاصة فيمنع التصرف فيه والحجز عليه واكتساب حق عليه بالتقادم فان التساؤل يثور حول مدى انطباق هذا النظام الذى تضعه المادة المذكورة على الاشياء المؤممة •

ولقد برز بالفعل اتجاه جديد فى الفقه الادارى العربى ينادى بالغـاء التفرقة بين الاشياء العامة والاشياء الخاصة وتطبيق نظام الاشياء العامة على جميع الاشياء التى تدخل فى نطاق الملكية العامة ، سواء كانت مملوكة للدولة أو الاشخاص الاعتبارية العامة أو المشروعات العامة ، نظرا لامتداد فكرة المنفعة العامة الى كل ما يحققه نشاط الدولة بصرف النظر عن نوع الشىء موضوع النشاط[1] •

---

(١) محمد فؤاد مهنا ، القانون الادارى العربى فى ظل النظام الاشتراكى الديموقراطى التعاونى ، المجلد الثانى ، ١٩٦٧ ، ص ٧١١ . أنظر فى هذا المعنى أيضا : فؤاد الدهان ، المضمون الاجتماعى للملكية ، مجلة الطليعة اغسطس سنة ١٩٦٦ ، ص ٤٤ وما بعدها •

ولا نشـك فى أن كل ما يحققه نشـاط الدولة وغيرها من الاشـخاص الاعتبارية والمشروعات العامة يهدف الى تحقيق المنفعة العامة • ولكن هل يستتبع ذلك تطبيق نظام الاشياء العامة على جميع الاشياء الداخلة فى نطاق ما نسميه بالملكية العامة ؟ الواقع أن نظام هـذه الاشـياء لا يرتبط بالهدف منها بقدر ما يرتبط بموضوعها أو بالوظيفة التى تؤديها [1] •

ولا شك فى اختلاف الوظيفة التى تقوم بها الاشياء المؤممة عن وظيفة الاشياء العامة بالمعنى التقليدى • فالاشياء العامة وظيفتها الخدمة العامة ، وهى تؤدى هذه الوظيفة اذ تبقى حيث هى فى حيازة الشخص الادارى ، أما الاشياء التى دفع بها التأميم الى نطاق الملكية العامة فوظيفتها الانتاج ، وهى لا تؤدى هذه الوظيفة الا حيث « تدور فى عجلة الكائن الاقتصـادى المتحرك الحى الذى هو المشروع التجارى العام » [2] ولا شك أن هـذه الوظيفة الجديدة للأشياء المؤممة تستلزم تحريرها من بعض أو كل قيـود الاشياء العامة وصولا بها فى النهاية الى تحقيق المنفعة العامة •

لذلك يذهب جانب كبير من الفقه الى الابقاء على التفرقة بين الاشـياء العامة والاشياء الخاصة ، وتطبيقهـا على الاشـياء المملوكة للمشروعات العامة • فما كان من الاشياء مخصصا للمنفعة العامة ، كالمبانى والاشـياء الثابتة ، خضع لاحكام الاشياء العامة ، وما كان منها غير مخصص لهـذه المنفعة ، كالارصدة النقدية والاوراق المالية والمنتجـات المعدة للبيـع ،

---

(١) فى التفرقة بين هدف تنظيم معين وموضوعه أو وظيفته راجع :
Bredin : Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé français, T. XII. Travaux de l'association, Henri Capitan, p. 376; Ch Eisenmann, Droit pubilc et droit privé, Rev. de Droit Public et de Science Politique, 1952, pp. 903 et ss.
وانظر أيضا رسالتنا سالفة الذكر ، بند ٣٢٥ •
(٢) على البارودى ، المرجع السابق ، بند ١٣٦ .

خضع لاحكام الاشياء الخاصة • ويفسخ بعض الفقه مكانا بين النوعين السابقين يضع فيه الاشياء ذات الطابع الاقتصادى الجماعى ويسميه بالاشياء القومية أو الاشياء ذات المنفعة الاساسية (domaine national, ou domiane d'utilité essentielle) وينادى باخضاعه لنظام جديد ينبع من طبيعة الوظيفة التى يؤديها [1] •

ولعل ما يمنع من مجاراة التقسيم الى أشياء عامة وأشياء خاصة فى صدد ذمة المشروع العام هو ما يؤدى اليه منطق التقسيم من جمود لا يتفق مع ما يجب أن يتمتع به المشروع العام من حرية على أملاكه ، حتى مع استقطاب نوع جديد من الاشياء يقف بين النوعين التقليدين ويضم الاشياء ذات المنفعة الاساسية للمشروع •

ويذهب جانب آخر من الفقه الى الابقاء على التفرقة بين الاشياء العامة والاشياء الخاصة مع اعتبار الاشياء المملوكة للمشروع العام من قبيل الاشياء الخاصة واخضاعها لاحكامها [1] وهذا الرأى يوفر بلا شك للمشروع العام الحرية الكاملة فى توجيه الانتفاع بأمواله والتصرف فيها ولكن الاخذ به على اطلاقه يجرد ذمة المشروع العام من بعض أوجه الحماية التى لا خلاف على وجوب اضفائها عليها ، وان ثار الخلاف بعد ذلك على مداها ووسائل تحقيقها •

على هذا النحو فاننا ان كنا نسلم بملكية المشروع للأشياء الداخلة فى ذمته ملكية خاصة ، فاننا نرى ضرورة مراجعة النظام القانونى لهذه الملكية •

---

(١) Louis Jacquignon, op. cit.

(٢) السنهورى ، بند ٨١ •

وأول ما يعرض فى هذا الصدد هو حرية التصرف فى الاشـياء المملوكة ملكية خاصة ، خلافا للاشياء المملوكة ملكية عامة والتى يمتنع التصرف فيها • ولا شك أن هذه الحرية يجب الابقـاء عليها بالنسبة للاشـياء المملوكة للمشروع العام • فالمنع من التصرف الذى تعرفه الاشياء المملوكة ملكيـة عامة كما سبق أن رأينا ، كثيرا ما يعرقل قيام المشروع العام بوظيفته •

أما توقيع الحجـر على أموال المشروع العـام فهو ان بدأ لاول وهلة متعارضا مع التخصيص المعدلة المشروع بما قد يؤدى اليه من خروج الشىء المحجوز عليه من ذمة المشروع جبرا عنه ، الا أنه لا شك فى أن فى توقيعه ما يكشف عما يصيب أجهزة المشروع من خلل يتمثل فى عجزه عن تنفيـذ الهدف المحدد له فى الخطة ، مما قد يسمح بتداركه فى الوقت المناسب اذا ما صيغت اجراءاته صياغة تحقق الهدف الجديد الذى يسعى اليه [1] •

أما امكان تملك الاشياء المملوكة للمشروع العام بالتقادم أو الحيازة فيبدو أنه يتعارض مع أهداف الخطة • ولا مجال للقياس فى هـذا الصدد على مسألة جواز الحجز • فالحجز يفترض بالضرورة سلوكا خاطئا من المشروع وينبه اليه [2] ويسمح بتداركه اذا لزم الامر ، وفقا للاجراءات الجديدة التى توضع له • ولعل هذا هو ما دعى المشرع المصرى الى تعديل نص المادة ١٩٧٠ من القانون المدنى بالقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ بحيث أصـبحت تنص على عدم جواز تملك الاشياء الخاصـة المملوكة للدولة أو الاشخاص الاعتبارية العامة أو كسب حق عينى عليها بالتقادم •

---

(١) راجع عرضا اكثر تفصيلا لهذا الموضوع فى : على البارودى ، المرجع السابق ، بند ١٤٣ .
(٢) على البارودى المرجع السابق ، بند ١٤٤ .

ولكن يبقى بعد ذلك ان هذه الحماية خاصة بالاشياء المملوكة للاشخاص الاعتبارية العامة وان جانبا من الفقه الذى يواجه مشكلة المشروع العام فى اطار تقسيم القانون الى عام وخـــاص يعتبر المشروعات التجـــارية من أشخاص القانون الخاص ،كما يبقى أن هذه الحماية لا تمتد الى تملك المنقول أو اكتساب حق عينى عليه عن طريق قاعدة « الحيازة فى المنقول ســـــند الحـــــائز » •

الفصل الثالث

خصائص الملكية التعاونية

٢٧ ــ عرف القانون الحديث ، كما قدمنا ، تجمعات للاشخاص أو الاموال لتحقيق أغراض جماعية مختلفة ، كالاتحادات والجمعيات والشركات • مثل هذه التجمعات يضفى عليها القانون الشخصية القانونية ويعطيها الحق فى التملك بما يتيح لها تأدية الغرض الذى تقوم عليه ، اقتصاديا كان هذا الغرض أو اجتماعيا • ومن بين هذه التجمعات التى ظهرت واحتلت مكانها الذى نعرفه فى ظل الاقتصاد الرأسمالى ، تتضمن الجمعيات التعاونية بذور الفكرة الاشتراكية ، بما تهدف اليه من القضاء على الاستغلال عن طريق خدمة أعضائها دون سعى الى الربح ، وبما تتخذ لذلك من وسائل فى الادارة وفى التوزيع [١] •

ويحتل التعاون الان مركزا مرموقا فى التطبيقات الاشتراكية المختلفة ، خاصة فيما يتعلق بالزراعة والنشاط الحرفى والصناعى الصغير ، سواء أكان خاصا بالاستهلاك أو الائتمان أو الانتاج ، حتى أن هذه التطبيقات تتكلم عن صورة جديدة من صور الملكية هى الملكية التعاونية ، وتضعها ــ

---

(١) راجع Katzarov, op. cit., p. 314.
وراجع أيضا فى علاقة التعاون بالاشتراكية : مجلة الطليعة عدد سبتمبر سنة ١٩٦٥ ، خاصة مقال الدكتور حلمى مراد « التعاون فى ظل الرأسمالية والاشتراكية » .

من حيث أهداف النظام الاشتراكى – فى مركز وسط بين الملكية الخاصة « وملكية الشعب » أو « الملكية الجماعية » • وهذا النوع من الملكية جدير بنفس الحماية التى تتمتع بها « ملكية الشعب » أو « الملكية الجماعية » حتى أنه يعتبر صورة مرحلية من صور الملكية مآلها أن تتحول فى النهاية الى « ملكية شعبية » أو « جماعية » بالمعنى الدقيق •

وقد نصت المادة ١٣ من دستور الجمهورية العربية المتحدة الصادر سنة ١٩٦٤ على هذه الملكية وعرفتها بأنها « ملكية كل المشتركين فى الجمعية التعاونيــة » •

ولعله من السهل علينا منذ البداية – بعد دراستنا لحقيقة ما يسمى بالملكية « الشعبية » أو « الجماعية » – أن نرى سبب اصرار التطبيقات الاشتراكية على تقديم ما يسمى بالملكية التعاونية كصورة جديدة متميزة فى جوهرها عن صور الملكية المعروفة • فهذا الاصرار يرجع – كما رأينا بصدد « الملكية الشعبية » – الى ما تمارسه « الايديولوجية » من ارهاب على الفكر ، هذه « الايديولوجية » التى تنفر من الفكرة التقليدية للملكية كاختصاص من الشخص على الشيء المملوك ، وترى فى هذا الاختصاص مصدر كل استغلال من الانسان لاخيه الانسان • وقد سبق أن رأينا أن القضاء على الاستغلال لا يمكن أن يغير من فكرة الملكية ، باعتبارها

---

(١) يتساءل الفقيه K. Stoyanovitch (المرجع السابق بند ١٣٢ وما بعدها) عما اذا كانت الملكية التعاونية تعتبر ملكية جماعية بالمعنى الصحيح. وفى نظره أن الاجابة تتوقف على المعيار الذى يتخذ أساسا للملكية الجماعية . فاذا كان هذا المعيار هو الاشتراك فى ملكية وسائل الانتاج فلا شك أن الملكية التعاونية لا تعتبر ملكية جماعية لان وسائل الانتاج التى تعتمد عليها الجمعية من أرض وآلات تعتبر مملوكة للدولة (قارن النظرة السوفيتية التى لا تفرق بين ملكية الدولة والملكية الجماعية) . ولكن اذا كان معيار الملكية الجماعية هو الاشتراك فى ملكية النشاط الانتاجى ، فان الملكية التعاونية تعتبر من قبيل الملكية الجماعية وان كانت ملكية ادنى من ملكية الدولة .

اختصاصا من شخص بشىء من الاشـــياء ومن ضرورة اسناد الشىء الى شخص معين لوجود الملكية • وكل ما يؤدى اليه القضاء على الاستغلال هو التصاعد بالوظيفة الاجتماعية للملكية الى أقصى مداها عن طريق ما يفرضه على المالك من قيود والتـــزامات فى استثماره لملكه والاستئثار بريعه •

فمشكلة الملكية التعاونية ـــ مثلها فى ذلك مثل مشكلة الملكية « الشـــعبية » أو «الجماعية» ـــ لا يمكن أن تثير سوى البحث عن الشخص الذى تستند اليه والقيود التى تفرض على مضمونها تحقيقا لقيامها بوظيفتها الاجتماعيـــة • على أن الفصل فى هذه المشاكل يستلزم أولا أن نعرض لتطبيقات الملكيـــة التعاونية فى البلاد المختلفة التى تستعمل هذا التعبير •

تطبيقات الملكية التعاونية فى البلاد الاشتراكية :

٢٨ ـــ ففى الاتحاد السوفيتى يحتل النظام التعاونى مركزا هاما على الاخص فى القطاع الزراعى [١] • وقد فرضته على الاتحـــاد الســـوفيتى ظروفه الخاصة بعد التأميم ، من صعوبة السيطرة على المزارعين فى أراضيه الواسعة ، مع ضرورة تجميع الاراضى الزراعية للحصول على أكبر ناتج ممكن منها • ويقوم هـــذا النظـــام على انشاء جمعيات تعاونيـــة تســـمى « بالكلخوز » ، يدخل فيها المزارعون ويخرجون منها طواعيه على الاقل من الناحية النظرية • وتتمتع هذه الجمعيات بالشخصية المعنوية ، ويتـــولى ادارتها جمعية عامة تجتمع كل شهرين وتقوم كل سنة بتعيين مدير للاشراف اليومى • أما العمل فى أراضى الجمعية فيقوم به أعضاؤها •

---

(١) راجع فى هذا الموضوع K. Stoyanovitch, op. cit., No. 87 et ss.

ولا تتعدى ملكية الجمعية (كما تحددها المادة ٧ من الدستور) البذور والمواشي والمنتجات والمدخرات الخاصة التى يتفق أعضاء الجمعية على تكوينها من حصيلة الارباح . أما الارض التى تقوم الجمعية على زراعتها والمبانى والآلات ، فكلها ملك للدولة ، وليس للجمعية سوى الانتفاع بها . كذلك يظل لكل عضو حق الملكية الشخصية على الاشياء الخاصة به . وقد يكون منزل السكنى مملوكا ملكية عائلية .

ويحصل كل عضو فى الجمعية على نصيبه من الناتج على أساس ما يقدمه من عمل . ولكل عضو دفتر « Livret » يقيد له فيه عدد أيام العمل التى يؤديها . والخاصية الاساسية لهذا النظام هى أن مايحصل عليه العضو من دخل ليس ثمرة الملكية وانما هو ثمرة العمل .

أما فى دول أوربا الشرقية فقد أدت ظروف هذه الدول الى الاحتفاظ بالملكية الخاصة للأرض ، اذ لم يكن من اليسير فى هذه الدول ، لاسباب سياسية واقتصادية واجتماعية مختلفة ، نقل ملكية الارض الى الدولة . وقد وجدت هذه الدول فى التعاون الصيغة المناسبة للاحتفاظ بالملكية الخاصة مع ضمان استثمارها استثمارا اشتراكيا رشيدا عن طريق الاستفادة من مزايا الانتاج الكبير .

ويقوم النظام التعاونى فى هذه الدول على تجميع الملاك فى شكل جمعيات تعاونية تقدم لها الدولة الآلات والمبانى والبذور والسماد وغيرها . وفى هذا الشأن تتراوح العلاقة بين المالك وبين الجمعية بين مجرد الاستعانة بخدمات الجمعية نظير دفع مقابلها وبين قيام الجمعية بنفسها – عن طريق أدواتها وعمالها – بالاستثمار واقسام الناتج معه [1] . ويأخذ المالك فى

---

(١) فى التجربة اليوغوسلافية بصفة خاصة راجع القسم الاول من مؤلف Pean-Pierre Ferretjan السابق الاشارة اليه ، وفى التجربة البولندية انظر فؤاد الدهان (تجربة من بولندا) الملكية الخاصة للارض والزراعة الإشتراكية ، الطليعة ، فبراير سنة ١٩٦٦ ، ص ٧٧ وما بعدها .

الحالة الاخيرة على ما يقدمه من عمل ، مقابلا مستقلا باعتباره عاملا وليس باعتباره مالكا •

أما تنظيم الجمعيات ، وادارتها فتختلف تفصيلاته باختلاف الدول مما لا مجال معه للخوض فيه •

وفى الجمهورية العربية المتحدة قضى قانون الاصلاح الزراعى الصادر فى سنة ١٩٥٢ بتكوين جمعيات تعاونية زراعية بين من آلت اليهم الارض المستولى عليها طبقا لهذا القانون فى القرية الواحدة ومن لا يملكون فيها أكثر من خمسة أفدنة ، وذلك تجنبا لما يترتب على تفتيت الارض من فقد مزايا الانتاج الكبير ، ثم نمت الجمعيات التعاونية الزراعية بعد ذلك فى خارج نطاق الاصلاح الزراعى حتى شملت أنحاء الجمهورية • وقد جعل قانون التعاون الصادر فى سنة ١٩٥٦ الجمعيات مفتوحة لكافة المزارعين بصرف النظر عن مقدار ملكياتهم •

ويقوم بادارة الجمعية مجلس ادارة منتخب ، كما يكون لها مدير مشرف معين • وتتدرج الجمعيات التعاونية فى هيكل عام الوحدة الاساسية فيه هى الجمعية الزراعية فى القرية ، تعلوها الجمعية التعاونية المشتركة على نطاق المحافظة ، ثم المؤسسة المصرية التعاونية الزراعية العامة •

على أن التعاون كان قاصرا فى البداية على تزويد المزارعين بالسلف والادوات اللازمة للزراعة ، كالسماد والبذور والماشية ، ومساعدتهم فى مقاومة الاوفات ، ثم تكفل التعاون بعد ذلك بتسويق المحاصيل وذلك بتسلمها ودفع ثمنها للمزارعين بعد خصم مستحقات الجمعية • ويشهد التعاون الان تطورا جديدا يتمثل فى التوسع فى تجميع الاستثمار الزراعى بتنظيم دورة زراعية موحدة لجميع أراضى القرية الواحدة ، فيمكن بذلك استخدام الآلات ومقاومة الآفات بطريقة اقتصادية وتجنب اضرار

المحاصيل المختلفة ببعضها ، مع بقاء ملكية كل فرد فى القرية خالصة له ، كما يتمثل فى اشراف الجمعية على العلاقة الايجارية بتحرير عقد الايجار اذا امتنع أحد الطرفين عن توقيعه وتأجير الارض أو تحصيل الاجرة نيابة عن المالك اذا رغب فى ذلك •

وفى لبنان تكونت أول جمعية تعاونية زراعية فى عام ١٩٣٧ ، وصدر أول تشريع ينظم الجمعيات التعاونية الزراعية فى ١٩ تشرين الثانى عام ١٩٤١ بالقرار رقم ١٢١ ، ثم حل محل هذا القرار القانون الصادر به القرار رقم ١٧١٩٩ فى ١٨ آب سنة ١٩٦٤ الذى ينظم الجمعيات التعاونية على اختلاف أنواعها ، كما أنشىء الاتحاد التعاونى الوطنى بالقرار رقم ١٥٦٥٩ فى ٢٨ آب ١٩٦٨ • وتقوم الجمعيات التعاونية الزراعية الآن بتسويق المحاصيل أو امداد الزراع بالسماد والبذور أو امدادهم بالادوات الزراعية ، مع بقاء الارض مملوكة ملكية خاصة لهؤلاء الزراع •

حقيقة الملكية التعاونية :

٢٩ ــ ولعله يتضح من هذا العرض السريع أنه اذا أخذنا فكرة الملكية بمفهومها القانونى كعلاقة بين الشخص وبين شىء من الاشياء تخول له حيازته والانتفاع به والتصرف فيه ، فاننا لا نجد « كلا » متناسقا يسند لشخص من الاشخاص ويمكن أن يطلق عليه الملكية التعاونية • فالاشياء التى تخضع لسلطة الجمعية التعاونية فى التطبيق السوفيتى الجانب الهام فيها (الارض والالات) ملك للدولة والباقى منها ملك للجمعية ذاتها كشخص قانونى يتمتع بالشخصية المعنوية (يجوز له اكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات) • أما فى التطبيقات الاخرى فالارض تعتبر مملوكة ملكية خاصة للاشخاص الطبيعين المكونين للجمعية ، والالات والعدد وغيرها تعتبر مملوكة للجمعية أيضا باعتبارها شخصا قانونيا عاديا •

وعلى ذلك ففكرة « الملكية التعاونية » ان كانت لا تعبر عن نوع جديد من الملكية ، كما رأينا ،فهى لا تعبر أيضا عن فكرة الملكية بمعناها التقليدى ، وانما تعبر عن طريق من طرق الاستثمار والادارة الجماعية للمكية العامة

أو الملكيات الخاصة على السواء ، تتلاقى نتائجه مع أهداف النظـام الاشتراكى وتفرضه ظروف التطبيق فيه • فهو فى البلاد التى أصبحت فيها الارض الزراعية ملكا للدولة ضرورة يفرضها ما يقتضيه القطاع الزراعى بصفة خاصة من قدر كبير من اللامركزية مع ضمان السيطرة والتوجيه • وهو فى البلاد التى لازالت الارض فيها مملوكة ملكية خاصة ضرورة يفرضـها ما يهدف اليه النظام الاشتراكى أو الرأسمالى على السواء من تجميع الارض للاستفادة من مزايا الانتاج الكبير • وبذلك فان مجال دراسة ما يسـمى بالملكية التعاونية ليس هو الملكية وانما هو التعاون بصفة عامة •

ولكن يبقى بعد ذلك أن الجمعية التعاونية ذاتها كشخص معنوى تعتبر مملوكة للاشخاص الطبيعيين المكونين لها ، على نحو ما سبق أن رأينـاه بالنسبة للاشخاص المعنوية عموما •

على أنه مما لا شك فيه أن للادارة التعاونية تأثير كبير على مضـمون الملكية الخاصة للارض ودفع لوظيفتها الاجتماعية ، بتجريد المالك الفردى من كثير من السلطات التى كان يمارسها فى ظل نظام رأسمالى حر لصالح الجمعية من ناحية ، وبتحقيق سيطرة الدولة على هذه الملكية عن طريق اشرافها وتوجيهها للتعاونيات من ناحية أخرى • وقد رأينا مثالا واضحا لذلك فى دول أوربا الشرقية ، حيث تنحصر سلطة المالك بالتدريج فى مجـرد الحصول على جزء من الناتج مقابل ما يقدمه من أرض فى عملية الاستثمار الزراعى • أما ما يقدمه من عمل فى الارض فيأخذ عليه قابلا آخر مستقلا باعتباره مالكا ، وأما عملية الاستثمار ذاتها وتوجيهها فتكون للجمعية • وبذلك تنحصر سلطات المالك شيئا فشيئا فى مجرد الحق فى الحصول على جزء من ثمار ملكه كريع ، دون أن يكون له سلطة توجيه استثماره •[1]

---

(١) انظر فى هذا الشأن :
Jean-Pierre Ferretjan, op. cit., p. 131 et ss.

الباب الثانى

مضمون الملكية

٣٠ ــ تعبر فكرة الملك ، فرديا كان أو اشتراكيا ، عن اختصاص شخص معين بشىء من الاشياء أو بحق من الحقوق أو بشخص من الاشخاص المعنوية اختصاصا يخوله السلطات التى تمكنه من الحصول على كل منافعه ، بحسب الاصل • ولكن الانسان لا يعيش وحده منعزلا عن أفراد الجماعة التى ينتمى اليها ، ولا يمارس حقه بمعزل عن الوسط الاجتماعى الذى يعيش فيه • لذلك فحق الملكية يفترض بالضرورة الحد من سلطان المالك على ملكه بما تقتضيه مصالح هذه الجماعة وظروف هذا الوسط ، بتخويل الغير مشاركته فى بعض أوجه الانتفاع به كلما فرضت الضرورة تلك المشاركة ، أو بمنعه من مباشرة بعض الاعمال ، أو بفرض بعض الاعمال عليه •

حقا جرى الفقه على القول بأن الملكية حق مطلق ، يختص المالك وحده بمزايا الشىء المملوك له دون أن يشاركه فى ذلك غيره من الاشخاص ، ويترك له الحرية فى استعماله دون أن يكون مسئولا عما يجره ذلك من اضرار بالغير • ولكن هذا القول كان نتيجة لحصر تبرير الملكية فى ضمان حرية الفرد منظورا اليه خارج النطاق الاجتماعى الذى يعيش فيه ، أعمالا للمذهب الفردى الذى ساد خلال القرن التاسع عشر والذى كان يركز النظر فى أهداف القانون وغاياته الى الفرد ، متناسيا الجماعة التى

ينتمى اليها ومصالحها ، أو على الاقل ظنا منه أن مصلحة المجتمع ليست سوى مجموع مصالح أفراده . لذلك نص القانون المدنى الفرنسى (م ٥٤٤) ومن بعده القانون المدنى المصرى القديم (م ١١/٢٧) على أن الملكية هى حق الانتفاع بالشىء والتصرف فيه بطريقة مطلقة .

ولكن هذه النظرة الى حق الملكية لم يعد لها محل فى النظم الرأسمالية بعد أن أصبح من المسلم فى هذه النظم النظر فى الحقوق بصفة عامة — والملكية بصفة خاصة — الى مصلحة الجماعة بجانب مصالح أصحابها ، ومن ثم فقد قيد كل من قانون الملكية العقارية اللبنانى والتقنين المدنى المصرى الجديد سلطات المالك بما يتفق مع الوظيفة الاجتماعية للملكية . فقد عرفت المادة ١١ من قانون الملكية العقارية اللبنانى الملكية العقارية بقولها « الملكية العقارية هى حق استعمال عقار ما والتمتع والتصرف به فى حدود القوانين والقرارات والانظمة » ، وعرفت المادة ٨٠٢ من التقنين المدنى حق الملكية بصفة عامة بقولها « لمالك الشىء وحده فى حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » . واذا كانت عبارة « الوظيفة الاجتماعية » للملكية قد حذفت من بين نصوص مشروع هذا التقنين ، فلم يكن القصد من هذا الحذف انكار ما للملكية من وظيفة اجتماعية ، وانما كان القصد من ذلك هو الاكتفاء بالتطبيقات التى أوردها المشرع لهذه الوظيفة .

واذا كانت هذه النظرة الفردية الخالصة لحق الملكية لم يعد لها محل فى النظم الرأسمالية ، فلا مجال لها من باب أولى فى النظم الاشتراكية التى تقوم على تغليب مصلحة الجماعة على مصالح أفرادها . ولهذا فقد عنى المشروع الجديد للتقنين المدنى ، بعد أن نص على أن « لمالك الشىء وحده فى حدود القانون . حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » ، أن يردف ذلك بقوله « على أن يكون ذلك متفقا مع ما للملكية من وظيفة اجتماعية » .

على هذا النحو فاذا جاز اليوم القول بأن حق الملكية حق مطلق ، فلا يمكن أن يفهم من هذا الاطلاق سوى معنى فنى بحت يتعلق بمركز الملكية التامة من الحقــوق الاخرى التى تــرد على الشىء ، باعتبــاره يخــول صاحبه كل السلطات الممكن تصورها على الشىء ، خلافا لغيره من الحقوق التى لا تخول أصحابها سوى بعض هــذه الســلطات ، ولــكن ذلك لا يعنى انكار ما للملكيـــة من وظيفة اجتماعيـــة مثلها فى ذلك مثل ســائر الحقوق •

٣١ ــ واذا كان اطلاق الملكية بهذا المعنى لا يتضمن انكار حق المجتمع فى فرض ما يقتضيه صالحه من قيود على سلطاتها ، فانه يصح التساؤل عما اذا كانت فكرة الملكية تعبر عن سلطة مطلقة على الشىء بحيث تكون هذه القيود تحديدا خارجيا وطارئا لمضمونها أم أنها عنصر داخل فيهــا لا تتصور بدونه •

وقد ذهب البعض الى أن الملكية فى ذاتها فكرة مجردة تعبر عن التمتع بجميع مزايا الشىء دون ما تحديد ، فاذا ما جاء القانون ليقيــد من هذه المزايا بشكل أو بآخر فهو يضيق من هذه المزايا ويشل من ممارستها بحيث تبدو هذه القيود « كعنصر » مضاد يثقــل الملكية ويكسر من حدتهــا فى الحالات التى يوجد فيها •

ولكن البعض الاخر يرى أن القيود التى يفرضها القانون الحديث على الملكية أداء لوظيفتها الاجتماعية تبلغ من الكثرة والاصالة مرتبة يصعب معها اعتبار وجودها حادثا طارئا على فكرة الملكية ويضاف لهــا كعنصر خارجى مضاد ، ويتعين اعتبارها كعنصر من عناصر فكرة الملكية ينشأ معها ويعتبر جزءا من مضمونها • فهــذه القيود تعتبر بمثابة « تكاليف » أو

« التزامات » تكون مع ما يعرف بسلطات الملكية مضمون حق الملكية (١) .

والواقع أن الملكية انما تعبر عن حرية التصرف فى الشىء المملوك ، وهذه الحرية تتضمن بالضرورة حدودها عندما تصطدم بحريات الآخرين . ومن ثم فسلطات الملكية وقيودها تضمها فكرة واحدة هى فكرة الملكية ، اذ أن أحداها دون الاخرى لا تستطيع أن تحقق للانسان أغراضه التى هى سبب الاعتراف له بحق الملكية (٢) .

على هذا النحو فان تحديد مضمون الملكية لا يقتصر على بيان سلطاتها وانما يمتد الى تحديد النطاق الذى يفرضه القانون لهذه السلطات .

الفصل الاول : سلطات الملكية

الفصل الثانى : نطاق الملكية

---

(١) فى هذه النظريات والقائلين بها فى الفقه السويسرى انظر رسالة Mohammad Mehdi Eljam السابق الاشارة اليها ، ص ٤٣ — ٤٧ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٥٠ وما بعدها .

الفصل الأول

سلطات الملكية

٣٢ — رأينا فيما سبق كيف أن فكرة الملكية تتسع لتشمل كل قيمة مالية سواء تمثلت هذه القيمة فى شىء من الاشياء أو فى حق من الحقوق العينية أو الشخصية أو فى شخص معنوى • لذلك فالكلام عن سلطات الملكية يقتضى الكلام عن سلطات المالك على الشىء أو الحق أو الشخص المعنوى الذى هو مملوك له • ولما كان موضوع الحقوق الشخصية يدرس فى نظرية الالتزام أو الموجبات وموضوع الاشخاص المعنوية يدرس فى أماكن عديدة من الدراسة القانونية فسوف نقتصر على الكلام عن سلطات الملكية فيما يعرف بالحق العينى •

كذلك رأينا أن هذا التصوير لفكرة الملكية يستجيب الى نظرة فقهاء الشريعة الاسلامية ، وأن هذه النظرة قد اقتضتهم التفرقة فى هذا الصدد بين الملك التام ، حيث يكون للمالك منفعة الشىء ورقبته ، والملك الناقص ، حيث يكون له أحد العنصرين أو بعضه دون الآخر • وأخذ بهذا التقسيم سوف نتكلم أولا عن سلطات الملكية التامة ثم عن سلطات الملكية الناقصة •

المبحث الاول : الملكية التامة

المبحث الثانى : الملكية الناقصة

المبحث الاول
الملكية التــامة

٣٣ — اذا كان حق الملكية التامة يمتــد الى كافة المزايا التى يمــكن استخلاصها من الشىء ، فان مثل هذه المزايا يستحيل تعدادها تفصيلا • لذلك فقد جرى الفقه على ردها الى سلطات ثلاث : الاستعمال والاستغلال والتصرف • ولما كان لفظ الاستغلال يستخدم فى معان أخــرى فى لغــة القانون ، كما هو الحال فى الكلام عن الاستغلال كعيب من عيوب الرضاء ، وفى الكلام عن الملكية المستغلة ، فانه يحسن استبدال لفظ الاستثمار بلفظ الاستغلال عند الكلام عن سلطات الملكية •

وشمول حق الملكية التامة لهذه السلطات هو الذى يفسر القول الشائع بأن الملكية حق جامع مانع • فهو حق يجمع كل ما يمكن الحصول عليه من الشىء الذى يرد عليه ، وهو حق يمنع غير المالك مما يخــول الشىء من مزايا • وقد عبرت المادة ١١ من قانون الملكية العقارية اللبنانى عن ذلك بقولها « الملكية العقارية [١] هى حق استعمال عقار ما والتمتع والتصرف به •• » ، وعبرت المادة ٨٠٢ من التقنين المدنى المصرى عن نفس المعنى بقولها « لمالك الشىء وحده •• حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » •

ويترتب على هذه الخصائص للملكية التامة ، أنه اذا كان من الممــكن تقسيم مضمون الملكية بتخويل شخص آخر غير مالك الرقبة سلطة استعمال الشىء أو استثماره ، فان ذلك لا يكون الا بصفة مؤقتة بحيث تعود ملكية

---

(١) من الواضح أن هذا التعريف الوارد فى شأن الملكية العقارية يصدق كذلك فى شأن الملكية المنقولة .

صاحب الرقبة حتما فتمتد الى هذه السلطات • ويترتب على ذلك أيضا أن مثل هذا التقسيم لابد أن يترتب على سبب من القانون أو من ارادة المالك يتعين على من يدعيه اثباته •

٣٤ — ويقصد بالاستعمال ، فى لغة الفقه ، الافادة المباشرة من المنفعة التى يمكن أن يخولها الشىء فى غير ما يمكن استخراجه منه من منتجات أو ثمار • فاستعمال المنزل يكون بسكنه ، واستعمال السيارة يكون بركوبها ، واستعمال الكتاب يكون بقراءته ••

ويقصد بالاستثمار ، استخلاص ما ينتج عن الشىء من ثمار لا تمس بجوهره • وليس فى القانون اللبنانى أو المصرى تعريف للثمار ولكن المادة ٩٧٨ من التقنين المدنى المصرى تبين نوعيها :

١ — ثمار مباشر (مادية) وهى أما أن تتولد عن الشىء ذاتيا ، كالكلاء ونتائج الماشية ، فتسمى ثمارا طبيعية ، واما أن تحتاج فى تولدها من الشىء الى عمل الانسان ، كالمزروعات ، فتسمى ثمارا مستحدثة • وقد اشارت المادة ١٢ من قانون الملكية العقارية اللبنانى الى هذا النوع من الثمار بقسميه عندما قالت « ان ملكية عقار ما تخول صاحبها الحق فى جميع ما ينتجه العقار •• سواء أكان •• الانتاج طبيعيا أو اصطناعيا » •

٢ — ثمار غير مباشر (مدنية) ، وهى ما يغله الشىء من دخل نقدى مقابل تخويل الغير الاستفادة المباشرة منه ، كأجرة المنازل والارض وفوائد النقود المقرضة •

والمهم فى كل ذلك أن الثمار تمثل الدخل المنتظم للشىء دون مساس بجوهره ذاته • ولذلك لا يعتبر من قبيل الثمار — التى يشملها الاستثمار

ـ منتجات الشيء ، وهي ما ينتج منه في غير دورية ويقتطع من جوهره ، كالاحجار المستخرجة من المحجر والاشجار المقتطعة من الغابة [1] .

ويقصد بالتصرف ، استخدام الشيء استخداما يستنفد السلطة المقررة عليه كلها أو بعضها . وتعريف التصرف على هذا النحو يوضح الفرق بينه وبين التصرف كرخصة مقررة لصاحب كل حق . فرخصة التصرف الملازمة لكافة الحقوق ، كحق الانتفاع ، انما ترد على هذه الحقوق دون أن تمتد الى الشيء المقررة عليه ، بينما التصرف في الملكية يمتد فيشمل التصرف في الشيء ذاته ، اذ الفرض في الملكية أن الشيء يخضع للتسلط الشامل من جانب المالك . وعلى ذلك فالتصرف في الملكية التامة لا يقتصر على التصرف القانوني المعروف في سائر الحقوق وانما يشمل أيضا التصرف المادي باستهلاك الشيء أو اعدامه أو تحويله الى صورة أخرى .

٣٥ ـ على أن هذا التقسيم الثلاثي لما تتضمنه الملكية التامة من مزايا ومنافع لا يعبر عن الحقيقة في كثير من الاحوال .

١ ـ فقد يختلط الاستعمال بالاستثمار . فاذا كانت الملكية واردة على أرض زراعية كان من الصعب التفرقة بين الاستعمال والاستثمار ، اذ أن استعمال الارض الزراعية لا يكون الا بزراعتها والحصول على ثمارها .

٢ ـ وقد يختلط الاستثمار بالتصرف . فالتفرقة بين الاستثمار والتصرف تقوم على أساس أن الاول لا يمس بجوهر الشيء وأن الآخر يمس بهذا الجوهر ، ومن ثم فان الاستثمار يخول الحصول على ثمار الشيء

---

(١) حسن كيرة ، بند ٥٧ ، اسماعيل غانم بند ٣٥ ، عبد المنعم فرج الصدة ، حق الملكية ١٩٦٠ ، بند ٢٠ ، عبد المنعم البدراوي ، بند ١٦ ، زهدي يكن ، المرجع السابق ، بند ٨٨ .

دون منتجاته • غير أن التفرقة بين الثمار والمنتجا تليست تفرقة جامدة ، اذ تستطيع الارادة تغيير الوصف القانونى للمنتجات وادخالها فى طائفة الثمار ، اذا ما اتجهت الى اعـداد الشيء اعدادا خاصا من شأنه أن يولد منتجاته بصفة دورية منتظمة ، رغم ما يكون فى تولدها من مساس بجوهر الشيء • فالاحجار المقتطعة من المحجر والاشجار المقتطعة من الغابة وان كانت تعتبر من قبيل المنتجات ، الا أنه يكفى أعداد المحجر أو الغابة لانتاج هذه الاحجار أو الاشجار بصفة دورية منتظمة حتى تعتبر من قبيل الثمار •

٣ ــ وقد يختلط الاستعمال بالتصرف • فاذا كانت الملكية واردة على شيء من الاشياء التى لا تتحمل الاستعمال المتكررة ، كان استعمال الشيء متضمنا التصرف فيه • فاستعمال النقود أو المواد الغذائية يتضمن فى نفس الوقت التصرف فيها ، اذ أن هذا الاستعمال يترتب عليها استهلاكها •

٣٦ ــ ونتيجة لهذا الخلط بين سلطات الملكية الثـلاث ، الناشيء عن التعريف الضـيق لكل من فكرة الاسـتعمال والاسـتثمار ، فقـد ذهب البعض [1] الى تعـريف الاستعمال تعريفا واسـعا يتضـمن استعمال الشيء فى كل ما أعد له ، وفى كل ما يمكن أن يستعمل فيه ، ولو كان هذا الاستعمال يتمثل فى الحصول على ثمار الشيء المباشرة طبيعية كانت أم مستحدثة ، كما فى زراعة الارض للحصول على ثمارها ، أو فى الحصـول على منتجاته ، كما فى الحصول على أحجار المحجر أو أشجار الغابة ، أو كان يصل الى استهلاك الشيء ، كما فى المواد الغذائية • ويمكن أن نتلمس فى المادة ١٢ من قانون الملكية العقارية اللبنانى والمادة ٨٠٤ من التقنين المدنى المصرى سندا لهذا التعريف الواسع ، اذ تنص الاولى على أن ملكية عقار ما « تخول صاحبها الحق فى جميع ما ينتجه العقار ، وفى ما يتحد به سواء أكان

---

(١) السنهورى ، بند ٢٩٩ ــ ٣٠٥ •

ذلك الاتحاد أو الانتاج طبيعيا أو صناعيا » ، وتنص الثانية على أنه « لمالك الشيء الحق فى كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك » .

ووفقا لهذا النظر تقتصر سلطة الاستثمار على التعبير عن سلطة تخويل الغير حق الحصول على ثمار الشيء فى نظير مقابل أو على ما يعرف بالثمار غير المباشرة أو المدنية . أما سلطة التصرف فتقتصر على التصرف القانوني الناقل للملكية أو للحقوق العينية دون التصرف المادى . فسلطة الاستثمار تتمثل فى عمل قانونى من أعمال الادارة ، وسلطة التصرف تتمثل فى عمل قانونى من أعمال التصرف بمعناها المألوف .

٣٧ — والواقع أنه اذا تأملنا فى الامر فاننا نجد أن سلطة التصرف القانونى ليست من مضمون حق الملكية وانما هى رخصة مقررة لصاحب كل حق وتفترض سلفا استجماع الحق لعناصر وجوده . هذا فضلا عن أنه لكى تعتبر سلطة التصرف عنصرا فى مضمون حق الملكية ، يجب أن تكون ملازمة لهذا الحق ، والا تتوافر فى غيره من الحقوق [1] . ولكن الواقع أن المالك قد يمنع من التصرف القانونى فى حقه بنص فى القانون أو بمقتضى شرط ارادى محض فى التصرف الذى تلقى عنه حقه ، كما أن امكانية التصرف القانونى صفة تلازم جميع الحقوق بصفة عامة بما فيها حقوق الدائنية .

ينبغى اذن ، عند بيان مضمون الملكية التامة ، الاقتصار على سلطة الاستعمال والاستثمار والتصرف المادى فى الشيء المملوك ، سواء أبقينا على هذا التقسيم الثلاثى لعناصر الملكية التامة أو أخذنا بتقسيم ثنائى

(١) S. Ginossar, op. cit., No. 11.

يدخل التصرف المادي في الاستعمال . على أنه يلاحظ أن تصوير الملكية التامة على أنها تمتع بسلطات الاستعمال والاستثمار والتصرف لا يقصد به سوى تصوير مدى هذا الاختصاص دون أن تكون له نتيجة عملية معينة في هذا الصدد . وقد يكون من الادق أن نقول ان المالك يختص بمنفعة الشيء من ناحية ورقبته من ناحية أخرى ، على نحو ما يذهب اليه فقه الشريعة الاسلامية . فالاختصاص بالمنفعة يعبر عن سلطة التحكم في أوجه الاستفادة من الشيء ، والاختصاص بالرقبة يعبر عن سلطة التحكم في وجوده وكيانه ومصيره . وبذلك تقتصر فائدة التفرقة بين الاستعمال والاستثمار على تحديد نطاق الملكية الناقصة التي لا تشمل سوى منافع الشيء كلها أو بعضها ، أو على تحديد حق الحائز حسن النية في الثمار كما سيأتي الكلام عليه في موضعه [1] .

وسلطات الملكية ، على هذا النحو ، تثبت للدولة والاشخاص المعنوية العامة والمشروعات العامة ، على الاشياء المملوكة لها ، كما تثبت للافراد على ملكهم . فلهذه الاشخاص جميعا استعمال الاشياء المملوكة لها استعمالاً مباشرا سواء كانت مملوكة لها ملكية خاصة أو كانت مملوكة لها ملكية عامة كما في استعمالها للطرق والكباري والموانى وغيرها ، ولها الحصول على ثمارها المباشرة ، ولها تخويل الغير الانتفاع بها بمقابل تحصل عليه كثمار

(1) قارب محمد مهدى الجام (المرجع السابق ، ص ٥٨) حيث يقول بصدد التقسيم الثلاثي لسلطات المالك :

« On sépare deux facultés de même nature : jus utendi et jus fruendi; faculté d'avoir les fruits (naturels ou civils) de la chose; et on réunit deux facultés distinctes dans une seule et même faculté : jus abutendi qui emporte la consommation matérielle de la chose et sa consommation juridique».

مدنية ، كما فى السكك الحديدية والتليفونات التى تأتى بربح وفير للدولة ، ولها التصرف فيها تصرفا ماديا ، كما لو كان الشىء بناء تهدمه .

على أنه يلاحظ بالنسبة للاشياء المخصصة للمنفعة العامة ، أن حق الدولة وغيرها من الاشخاص المعنوية العامة أو المشروعات العامة فى استعمالها واستثمارها والتصرف فيها مقيد بالغرض المخصص له الشىء . فاذا كانت هذه الاشياء مخصصة للاستعمال المباشر للجمهور مثلا ، كالطرق والكبارى فإن استعمال الدولة لا يحول دون استعمال الجمهور لها . وتخويل الافراد الانتفاع بهذه الاشياء ، عن طريق الايجار مثلا ، مشروط بعدم تعارض هذا الانتفاع مع المنفعة العامة ويجب انهاؤه اذا أصبح متعارضا معها [1] . والتصرف فى هذه الاشياء منوط بانهاء تخصيصها للمنفعة العامة على نحو ما سبق أن رأيناه .

٣٨ ــ واذا كان للمالك أن يستعمل ملكه وأن يستثمره وأن يتصرف فيه فالاصل أن له أن يقعد عن استعماله أو استثماره أو التصرف فيه فله ألا يستعمل منزله أو أرضه أو سيارته أو ألا يؤجرها ، دون أن يتصرف فيها . ولكن الواقع أن هذه الحرية ليست الا أثرا من آثار المذهب الفردى ، لم يعد متفقا مع المذهب الاجتماعى الذى ينحصر فيه تبرير الملكية فيما تقدمه من نفع اجتماعى . ومن المؤكد أن قعود المالك عن مباشرة سلطاته يضر بصالح المجتمع عن طريق تعطيل ثرواته . لذلك كثيرا مايتدخل المشرع لاجبار المالك على استثمار ملكه أو يقضى بسقوطه عنه جزاء لعدم استعماله له . فالمادة ١١ من قانون ايجار الاماكن المصرى رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ تنص على أنه « لا يجوز ابقاء المساكن المعدة للاستغلال خالية مدة

---

(١) محمد زهير جرانه ، ص ١٢٤ وما بعدها ، السنهورى ، بند ٦٩ .

تزيد على ثلاثة أشهر إذا تقدم لاستئجارها مستأجر بالاجرة القانونية » •

والمادة ٣/١٤ من قانون الاصلاح الزراعى فى مصر تقرر اسقاط ملكية من وزعت عليه الارض وفقا لاحكامه ، اذا أخل بواجب العناية بزراعتها خلال خمس سنوات من تاريخ العقد النهائى •

والمادة ٣/٨٧٤ من القانون المدنى المصرى الجديد (قبل الغائها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤) كانت تجيز لمن يضع يده على الارض غير المزروعة والتى لا يملكها أحد من الافــراد ، فيقوم بزراعتها أو غرسها أو البنـــاء عليها ، أن يتملكها ، ولكنها كانت تسقط ملكيته لها اذا لم يستمر فى استعمالها مدة خمس سنوات متتالية خلال السنوات الخمس عشرة التالية للتملك •

كذلك كثيرا ما يتدخل المشرع لاجبار المالك على التصرف فى ملكه تصرفا ماديا ، كما فى اجباره على هدم المبانى الآيلة للسقوط مثلا •

المبحث الثـــانى

الملكية النـــاقصة

(الحقوق العينية الأصلية على ملك الغير)

٣٩ ــ قد يخول المالك شخصا آخر حقا عينيا أصليا على الشىء المملوك له ملكية تامة ، بتخويله الحصول على منفعته كلها أو بعضها مدة معينة أو بتخويله مجرد ارتفاق عليه • ومثل هذا الحق ينتقص على هذا النحو من تسلط صاحب الشىء لصالح صاحب هذا الحق العينى على نحو يصبح معه لكل من الاثنين نوع من الملكية الناقصة على الشىء •

ويؤخذ من المادة العاشرة من قانون الملكية العقارية بالاضافة الى قرار المفوض السامى سالف الذكر أن الحقوق العينية الاصلية التى تعتبر من قبيل الملكية الناقصة فى لبنان هى حق السطحية وحــق الانتفاع وحــق

الافضلية على الاراضى الخالية المباحة وحق الارتفاق والوقف والاجارتين والاجارة الطويلة والخيار الناتج عن الوعد بالبيع وحق المساقاة .

وسوف لا نتعرض للاجارتين أو الاجارة الطويلة نظرا لالغائهما . فقد ألغيت الاجارتين بمقتضى المادة ٣٥ من قانون تنظيم الوقف الذرى الصادر فى ١٠ آزار ١٩٤٧ (١) . أما الاجارة الطويلة فقد قصرها قانون الملكية العقارية نفسه بمقتضى المادة ١١٤ منه على المقاطعة ، ثم قام قانون تنظيم الوقف الذرى سالف الذكر بالغاء المقاطعة كذلك فى المادة ٣٥ منه .

وبالمثل سوف نستبعد حق السطحية نظرا لعدم أهميته الكبيرة بعد أن نصت المادة ٣١ من قانون الملكية العقارية على أنه « لا ينشأ حق سطحية اعتبارا من تاريخ اذاعة هذا القرار » .

كذلك فسوف لا نتعرض للوقف أو الخيار الناتج عن وعد بالبيع نظرا لسبق التعرض لهما فى أماكن أخرى من الدراسة القانونية .

وأخيرا فسوف نعرض حق الافضلية على الاراضى الخالية المباحة عند دراسة حق التصرف بالعقارات الخالية ، باعتبار أن هذه الافضلية ليست فى الواقع سوى تمهيد لاكتساب حق التصرف المذكور .

على هذا النحو تقتصر دراستنا للملكية الناقصة فى القانون اللبنانى على الانتفاع والتصرف والارتفاق والمساقاة .

أما فى مصر فقد نظم المشرع من حقوق الملكية الناقصة حق الانتفاع وحق الاستعمال والسكنى وحق الحكر وحق الارتفاق . ويلاحظ فى هذا الشأن اشتراك القانون اللبنانى والمصرى فى كل من حق الانتفاع وحق الارتفاق واختلافهما فى بقية الحقوق . فالقانون اللبنانى ينظم حق التصرف الذى

لا مقابل له في القانون المصرى • والقانون المصرى ينظم حق الاستعمال وحق السكنى اللذين لا مقابل لهما في القانون اللبنانى ، وان كان هذا الاخير لا ينفر من تقريرهما بالرغم من عدم تنظيمه لهما ، اذ ما دام هذا القانون يعترف بحق الانتفاع الذى يخول من يتقرر له استعمال الشىء واستثماره فهو يعترف من باب أولى بحق الاستعمال وحق السكنى اللذان لا يخولان سوى سلطة الاستعمال ويعتبران من مشتقات حق الانتفاع •

وأخيرا فان حق الحكر المقرر فى القانون المصرى لم يعد قائما فى القانون اللبنانى ، وحق المساقاة المقرر فى القانون اللبنانى غير موجود فى القانون المصرى ، ومع ذلك فهذا الحقان متشابهان •

على هذا النحو فان دراستنا للملكية الناقصة سوف تتناول حق التصرف وحق الانتفاع ومشتقاته وحق الارتفاق وحق المساقاة •

المطلب الاول : التصرف

المطلب الثانى : الانتفاع ومشتقاته •

المطلب الثالث : الارتفاق

المطلب الرابع : المســاقاة •

المطلب الاول

التـــصرف

٤٠ ــ التصرف حق عينى تعرفه بعض الدول المنسلخة عن السلطنة العثمانية كالقانون اللبنانى ، لا مقابل له فى القوانين الغربية أو القوانين المأخوذة عنها كالقانون المصرى • ويرجع هذا الحق من الناحية التاريخية

الى أن الاراضى كانت معتبرة ملكا للسلطان العثمانى ، وكان هذا السلطان يقسمها الى مقاطعات يطلق عليها الزعامات والتيمارات ويمنحها لكبار قواده وموظفيه طوال حياتهم ، وكان هؤلاء يعهدون بدورهم بهذه المقاطعات الى الافراد لزراعتها . فلما الغى نظام الاقطاعات المتمثل فى الزعامات والتيمارات أصبحت العلاقة مباشرة بين السلطان وبين المزارعين بصدد هذه الارض بمقتضى قانون الاراضى عام ١٨٥٨ . وبمقتضى هذه العلاقة كانت ملكية الرقبه للسلطان وكان للافراد مجرد حق انتفاع شخصى بالارض لا يخول لهم بيعها ولا يحول بين السلطان وبين انتزاعها منهم فى أى وقت. غير أن هذا الحق المخول للافراد لم يلبث أن اتسع مضمونه فتقرر امكان انتقاله بالوفاة الى أقارب المنتفع حسب نظام معين ، وخول المنتفع حق بيع الارض محل الانتفاع بعد استئذان السلطان كما خول الحق فى غرسها واجراء التأمين عليها ، وخول للدائنين حق التنفيذ عليها ، بحيث صار هذا الحق حقا عينيا يتجاوز فى مضمونه حق الانتفاع وان لم يبلغ هذا المضمون مضمون الملكية التامة نظرا لبقاء الرقبة للسلطان . وقد جاء المشرع اللبنانى فأقر هذا الوضع فى جملته بالنسبة للاراضى الاميرية ، فجعل رقبة هذه الاراضى للدولة وجعل للافراد حقا عليها سماه حق التصرف فى الاراضى الاميرية(١) .

وقد خصص المشرع اللبنانى لتنظيم هذا الحق المواد من ١٤ — ١٩ فى الفصل الثانى من الباب الثانى من قانون الملكية العقارية ، بالاضافة الى

---

(١) راجع فى هذا الشأن جان باز ، القانون العقارى اللبنانى ، ١٩٦٨ ، ص ٤٥ وما بعدها .

ويلاحظ أن تسمية هذا الحق بحق التصرف ليست تسمية موفقة نظرا لما تثيره من خلط فى الذهن بين هذا الحق — بكامل سلطاته — وبين سلطة التصرف التى تعتبر احدى السلطات التى تثبت للمالك كمظهر لملكية الرقبة .

المواد ٢٣٤ ــ ٢٣٦ من هذا القانون الخاص باكتساب حق التصرف بالعقارات الخالية عن طريق الاستيلاء أو الاشغال •

تعريف التصرف وخصائصه

٤١ ــ وتعرف المادة ١٤ من قانون الملكية العقارية حق التصرف بقولها : « التصرف هو حق استعمال عقار ما والتمتع والتصرف به ضمن الشروط المعينة في أحكام هذا القرار ، وضمن حدود القوانين والانظمة ولا يجرى هذا الحق الا على العقارات الاميرية » •

ويلاحظ على هذا التعريف أنه يطابق التعريف الذى أورده المشرع اللبنانى للملكية (التامة) فى المادة ١١ من نفس قانون الملكية العقارية ، اللهم الا فيما يتعلق بورود الملكية على الاراضى الملك وورود التصرف على الاراضى الاميرية ، مما قد يوحى الى الذهن أن حق التصرف هو نوع من الملكية التامة كحق الملكية الذى يرد على اراضى الملك سواء بسواء ، ولكن الواقع أن ملكية الرقبة فى الاراضى الاميرية المحملة بحق التصرف تظل للدولة بمقتضى المادة السادسة من نفس القانون على نحو تتوزع معه سلطات الملكية التامة بين الدولة وبين صاحب حق التصرف بحيث يكون حق التصرف نوعا من الملكية الناقصة •

كذلك يلاحظ أن هذا التعريف يخول صاحب حق التصرف سلطة التصرف بالعقار بالاضافة الى سلطة الاستعمال وسلطة الاستثمار مما يوحى بأن صاحب حق الانتفاع يتمتع بجميع الميزات التى يتمتع بها صاحب حق الملكية التامة ، ولكن الواقع أن الميزات التى تخولها سلطة التصرف فى حق التصرف أضيق من الميزات التى تخولها سلطة التصرف فى حق الملكية التامة ، على نحو يظل معه حق الملكية من حيث الميزات التى يخولها لصاحبه أقل من حق الملكية التامة •

وحق التصرف على هذا النحو السابق يعتبر حقا عينيا ، اذ يخول لصاحبه سلطات على العقارات الاميرية محل حقه تجعله تحت تسلطه المباشر بحيث يستطيع اقتضاء الميزات الداخلة فى مضمون حقه دون حاجة الى سلطة أحد • لذلك فقد أدرجه المشروع اللبنانى صراحة فى الحقوق العينية عند تعداده لها فى المادة السادسة من قانون الملكية العقارية •

وحق التصرف باعتباره نوعا من الملكية الناقصة يعتبر دائما حقا مؤقتا على خلاف حق الملكية (التام) الذى يتميز بخصيصة الدوام • لذلك فقد عنى المشرع بالنص على سقوط هذا الحق بعدم الاستعمال أسوة ببقية حقوق الملكية الناقصة وخلافا لحق الملكية التامة ووضع لهذا السقوط أحكاما خاصة تناسب الغرض مى تقريره خروجا على القواعد العامة فى التقادم المسقط •

محل التصرف :

٤٢ — وحق التصرف لا يرد بمقتضى المادة الحادية عشر من قانون الملكية العقارية الا على العقارات الاميرية • فهو لا يرد الا على العقارات دون المنقولات ، فيختلف بذلك عن حق الملكية (التامة) الذى يرد على العقار والمنقول على حد سواء • وهو لا يرد الا على العقارات الاميرية دون سواها من العقارات ، فيتميز بذلك عن حق الملكية التامة وبقية الحقوق العينية الاصلية الاخرى ، غير حق التصرف ، التى ترد على العقارات الملك•

ويتم انشاء حق التصرف على الاراضى الاميرية التى جرى التعرف اليها أو تحديدها باذن من الحاكم المنفرد فى المنطقة طبقا لحكم المادة ٤٦ من القرار ١٨٦ لصادر فى ١٩٢٦/٣/١٥ والمعدل بالقرار ٤٤/ل•ر• بتاريخ ١٩٣٢/٤/٢٠ • أما الاراضى الاميرية التى لم يتم التعرف اليها أو تحديدها

والمعروفة باسم « العقارات الخالية المباحة » أو « الاراضي الموات » فيتم انشاء حق التصرف عليها (م ٩ من قانون الملكية العقارية) بمقتضى نظام آخر وضعت أحكامه المواد ٩ و ٢٣٤ و ٢٣٥ من قانون الملكية العقارية. ويخول هذا النظام لاول من يستولي على أرض من هذه الاراضي بموجب رخصة قانونية من الدولة حق أفضلية في اكتساب حق التصرف بها ، فاذا ما قام باحياء هذه الارض واصلاحها فانه يحق له اكتساب حق التصرف بها وتسجيله بعد انقضاء ثلاث سنوات على هذا الاستيلاء . وسوف نعود الى تفصيل هذا الموضوع عند الكلام في مصادر الملكية .

مضمون التصرف :

٤٣ — بين المشرع اللبناني مضمون حق التصرف بصفة عامة عند تعريفه لهذا الحق . فقد قررت المادة ١٤ من قانون الملكية العقارية أنه يشمل سلطات الاستعمال والاستثمار والتصرف على نحو يجعل مضمون هذا الحق نفس مضمون حق الملكية (التامة) . ومع ذلك فمضمون حق التصرف أضيق من مضمون حق الملكية (التامة) ، اذ أن هذا الحق لا يشمل ملكية الرقبة التي تظل للدولة صاحبة الارض الاميرية التي تقرر عليها حق التصرف على نحو ما يقرره المشرع اللبناني صرحة في المادة السادسة من نفس القانون .

وعلى ذلك فاذا كانت المادة الرابعة عشر تعتبر أن من سلطات صاحب حق التصرف سلطة التصرف فلا يجب أن يفهم من ذلك أن له سلطة التصرف المعروفة في الملكية التامة بمداها الذي يتناول التصرف في رقبة العقار نفسه، وانما مجرد سلطة التصرف في مضمون حق التصرف نفسه تصرفا لا يمس حق الدولة في الرقبة . وبذلك تكون سلطة التصرف الثابتة لصاحب حق التصرف هي نفس السلطة التي تثبت لصاحب كل حق في التصرف في حقه، في حدود هذا الحق . تطبيقا لذلك فقد نصت المادة السابعة عشر من قانون

الملكية العقارية صراحة على حرمان صاحب حق التصرف من انشـاء وقف على العقار الذى يتحمل بحقه لما يحمله الوقف من معنى التصرف فى رقبة العقار ذاتها ، ذلك التصرف الذى يثبت للدولة وحدها باعتبارها صاحبـة رقبته • وتطبيقا لذلك أيضا اذا استملك عقار أميرى كان لصاحب حـق التصرف به تعويض عن المنفعة وكان التعويض عن الرقبة للدولة وحـدها من دونه •

والواقع أن مضمون حق التصرف ــ رغم ما يظهر من نص المادة الرابعة عشر من قانون الملكية العقارية ــ يشبه الى حد كبير مضمون حق الانتفاع فيقتصر أساسا على الحصول على منفعة العقار بما تخوله هذه المنفعة من سلطة استعماله واستثماره • ولذلك فليس لصاحب حق التصرف سـوى الحصول على ثمار العقار دون منتجاته ، لما يحمله الحصول على المنتجات من معنى الانتقاص من مادة الشىء وجوهره والتعدى بالتالى على رقبته التى تظل كما قلنا للدولة • ولم يخرج المشرع اللبنانى على هذا الاصل الا فيما خوله لصاحب حق التصرف من استخراج مواد البناء والتصرف فيها رغم أنها تعتبر من قبيل المنتجات التى تقتطع من مادة العقار وجوهره • على هذا النحو حددت المادة السادسة عشر من قانون الملكية العقارية سلطات صاحب حق التصرف بقولها « لصاحب حق التصرف بالارض أن يغرس فيها ما شاء من الاغراس وأن يبنى ما شاء من الابنية وأن يجرى فيها حفريات الى أى عمق يشاء وأن يستخرج من هذه الحفريات كل ما يشاء من مواد البناء وأن يتصرف بهذه المواد بملء حريته ، ما خلا جميـع المنتـوجات الاخرى ، وكل ذلك ضـمن التقيدات المفروضـة بالقـوانين والقرارات والانظمـة » •

انتقـال التصرف بوفاة المتصرف :

٤٤ ــ ورغم أن حق التصرف كان فى الاصل نوعا من الانتفاع الشخصى

الذى ينتهى بوفاة المنتفع الا أن التطور كما سبق أن أوضحنا قد انتهى الى تقرير انتقاله بالوفاة طبقا لنظام خاص يختلف عن النظام العام فى الارث، على نحو يباعد بينه وبين حق الانتفاع من هذه الناحية •

وقد بين قواعد انتقال هذا الحق فيما يتعلق بالمحمديين قانون انتقال الاموال الاميرية الصادر فى ٢١ شباط عام ١٩١٢ • ولم يتبع هذا القانون قواعد الشريعة الاسلامية المعمول بها بالنسبة لميراث الارض الملك سواء فى تحديد المستحقين أو فى تعيين أنصبتهم أو فى بيان مراتبهم • وأهم ما يتميز به هذا القانون هو التسوية بين الذكر والانثى وايجاد حق الخلفية أو التمثيل • وقد جاء قانون ٢٣ حزيران ١٩٩ المتعلق بارث غير المحمديين فأخذ بهاتين القاعدتين الاساسيتين دون أن يلغى القانون السابق الخاص بالمحمديين •

سقوط التصرف بعدم الاستعمال :

٤٥ — ولما كان حق التصرف يعتبر على النحو السابق بيانه من حقوق الملكية الناقصة فانه يسقط كما قدمنا بعدم الاستعمال كما هى القاعدة فى الملكية الناقصة خلافا للملكية التامة التى لا تسقط بعدم الاستعمال وفقا للقانون الوضعى •

وقد اخضع المشرع اللبنانى سقوط حق التصرف بعدم الاستعمال لقواعد خاصة تختلف عن القواعد العامة فى سقوط الحقوق بعدم الاستعمال وقد راعى المشرع اللبنانى فى وضعه لهذه القواعد أن تكون مناسبة لطبيعة هذا الحق والغرض من تقريره للافراد مع بقاء ملكية الرقبة للدولة ، على نحو يخول لهذه الاخيرة مراقبة استعمال هذا الحق والتأكد من قيام المتصرف بواجباته فى زراعة الارض أو احيائها بحسب الاحوال •

ويفرق المشرع اللبنانى فى هذا الشأن بين حق التصرف المكتسب على الاراضى الاميرية التى تم التعرف عليها أو تحديدها بمقتضى تفويض من الدولة وبين حق التصرف المكتسب على الاراضى الاميرية التى لم يتم التعرف عليها أو تحديدها ، وهى الاراضى الخالية أو الموات ، عن طريق الاستيلاء أو الاحياء .

فأما حق التصرف المكتسب على الاراضى الاميرية التى تم التعرف عليها أو تحديدها بمقتضى تفويض من الدولة فيسقط ، وفقا للمادة التاسعة عشر من قانون الملكية العقارية ، « بعدم زراعة الارض أو بعدم استعمالها مدة خمس سنوات » . وقد كان قانون الاراضى الذى حل محله هذا القانون يشترط لاعمال السقوط أن يكون ترك استعمال الارض أو اهمال حراثتها المدة المتطلبة بدون عذر . وقد يفهم من اطلاق نص المادة التاسعة عشر من قانون الملكية العقارية الحالى أن المشرع عدل عن هذا الشرط وجعل السقوط جزاء لعدم زراعة الارض أو استعمالها أيا ما كان سبب ذلك . غير أن الواقع أنه من الممكن تطبيق نظرية التعسف فى استعمال الحق فى هذا الشأن للحيولة بين الدولة وبين التمسك بسقوط حق التصرف بعدم الاستعمال المدة المقررة كلما كان هناك عذر أو مبرر مشروع لعدم الاستعمال لدى صاحب حق التصرف .

ويلاحظ أن سقوط حق التصرف بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات يفترض أن يكون عدم الاستعمال خلال خمس سنوات متتابعة ، فلا يكفى عدم استعمالها فى فترات متقطعة ولو بلغ مجموع هذه الفترات خمس سنوات أو أكثر . والواقع ان اثبات عدم استعمال الارض أو زراعتها مدة خمس سنوات متتالية ليس أمرا سهلا خاصة وأن المشرع لم يضع نظاما اداريا معينا يمكن من هذا الاثبات . لذلك يبدو أنه لم يتح تطبيق هذا السقوط الا بصفة عرضية وبمناسبة اجراء عمليات التحديد والتحرير اللازمة لمسح

الاراضى تمهيدا لقيدها فى السجل العقارى ، اذ كان القيد لصالح المتصرف يرفض اذا تبين أن الارض محل التصرف كانت متروكة دون استعمال مدة خمس سنوات فأكثر [1] .

وأما حق التصرف المكتسب على الاراضى الخالية أو الموات التى لم يتم التعرف عليها أو تحديدها ، عن طريق الاستيلاء أو الاحياء فقد نصت المادة ٢٣٥ من قانون الملكية العقارية على سقوطه « اذا امتنع (المتصرف) بعد التسجيل أو فى اثناء السنين التالية عن استعمال حقه مدة ثلاث سنوات متوالية » .

وواضح أن مدة السقوط فى هذا النوع من الاراضى الاميرية أقصر من مدة السقوط فى النوع الاول منها والتى تبلغ خمس سنوات . ومثل هذا الاختلاف فى المدة مفهوم على أساس أن الاراضى الخالية أو الموات التى يكتسب فيها التصرف بالاستيلاء أو الاحياء هى أراض بور تحتاج الى جهد مستمر لتعميرها ، مما يبرر تقصير مدة سقوطها بعدم الاستعمال حثا لصاحب التصرف عليها فى مواصلة هذا الجهد .

ونص المادة ٢٣٥ من قانون الملكية العقارية المذكورة صريح فى عدم تطبيق جزاء السقوط بعدم الاستعمال مدة ثلاث سنوات اذا انقضت عشر سنوات على تسجيل حق التصرف ، مما يوحى بأن حق التصرف بالاراضى الخالية أو الموات يصبح بمأمن من السقوط بعدم الاستعمال بانقضاء عشر

---

(١) انظر فى هذا الشأن

Bichara Tabbah, Propriété privée et registre foncier, t. I, 1947, No. 101

وانظر أيضا جان باز ، المرجع السابق ، ص ٥٥

سنوات على تسجيله دون تعرضه للسقوط خلال هذه المدة ، خلافا لحق التصرف الوارد على الاراضى التى تم التعرف عليها أو تحديدها الذى يظل باستمرار معرضا للسقوط بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات . وقد ذهب الى هذا المعنى بعض الفقه اللبنانى بالرغم من انتقاده لهذا المسلك الذى اتخذه المشرع [1] .

ومع ذلك فقد ذهب رأى آخر ، نراه أولى بالتأييد ، الى أن حق التصرف المكتسب على الاراضى الخالية أو الموات عن طريق الاستيلاء أو الاحياء ، اذا ظل قائما بعد مضى عشر سنوات على تسجيله دون أن يتعرض للسقوط طبقا لحكم المادة ٢٣٥ من قانون الملكية العقارية ، فانه يخضع بعد ذلك لحكم المادة ١٩ من نفس القانون بحيث يكون قابلا للسقوط اذا ترك دون استعمال طوال خمس سنوات متوالية [2] ففضلا عن أن القول بعدم تعرض حق التصرف على الاراضى الخالية أوالموات للسقوط اذا انقضت عشر سنوات دون سقوطه يؤدىالى تسويته — وهو حق ملكية ناقصة — تسوية غير مقبولة بحق الملكية التامة فى خاصية الدوام ، ويجعله بالتالى أقوى من حق التصرف الوارد على الاراضى الاميرية التى تم التعرف عليها وتحديدها ، فان نص المادة ١٩ من قانون الملكية العقارية يعتبر النص العام فيما يتعلق بسقوط حق التصرف بعدم الاستعمال بينما يعتبر نص المادة ٢٣٥ من نفس القانون مجرد نص خاص . وعلى ذلك فيجب — وفقا للقواعد العامة فى التفسير — قصر تطبيق المادة ٢٣٥ ، وهى النص الخاص ، على النطاق الزمنى الذى حددته لنفسها بحيث تسترد المادة ١٩ ، وهى النص

---

(١) فى هذا المعنى
Bichara Tabbah, Propriété privée et registre, t. II, 1952, No. 695 et 696.

(٢) فى هذا المعنى حسن كيره ، الدروس المشار اليها سابقا ، ص ٢٦٦ .
وفى نفس المعنى فيما يتعلق بالقانون السورى الذى يتضمن نصوصا مماثلة أنظر : مأمون الكزبرى ، القانون المدنى ، الحقوق العينية ، ١٩٥٩ ، بند ٤٣٧

العام ، ولايتها خارج هذا النطاق وبحيث يصير تطبيقها على حق التصرف فى الاراضى الخالية أو الموات فيكون معرضا للسقوط بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات اذا استمر مدة عشر سنوات منذ تسجيله دون أن يسقط خلال هذه المدة بعدم الاستعمال مدة ثلاث سنوات •

وخضوع حق التصرف فى الاراضى الخالية أو الموات فى سقوطه بعدم الاستعمال لقاعدتين متعاقبتين على هذا النحو يبرره كون هذه الارض فى البداية فى حاجة الى جهد مستمر للخروج بها من حالة الموات مما دعى المشرع الى تقصير مدة السقوط فى البداية حثا لصاحب الحق على مواصلة جهده فى اعمارها ، فاذا ما تم اصلاحها على هذا النحو واصبحت كالاراضى الاخرى العامرة منذ البداية أمكن بعد ذلك اخضاعها للقاعدة العامة فى شأن سقوط حق التصرف •

٤٦ ــ على هذا النحو يتضح أن حق التصرف ليس حق ملكية تامة كما يوهم تعريف المشرع اللبنانى له ، ولا يجب الجمع بينه وبين هذا الحق فى الدراسة على نحو ما يفعل الفقه اللبنانى ، وانما هو أقرب الى حق الانتفاع ويجب أن يدرس فى الملكية الناقصة شأنه شأن هذا الحق الاخير •

ومع ذلك فيظل الفارق واضحا بين حق التصرف وحق الانتفاع من نواح متعددة • فهو من حيث مضمونه أوسع بعض الشيء من مضمون حق الانتفاع بما يخول من الحصول على بعض المنتجات التى لا يخولها حق الانتفاع بحيث يقف من هذه الزاوية فى مركز وسط بين الملكية التامة وحق الانتفاع • وهو فوق ذلك يتميز بقابليته للانتقال بالوفاة خلافا لحق الانتفاع الذى ينتهى حتما بوفاة المنتفع •

المطلب الثـانى

الانتفـاع ومشتقاته

تعـريف الانتفاع وخصائصه :

٤٧ ـ لم يعرف المشرع المصرى حق الانتفاع • أما المشرع اللبنانى فقد عرفه فى المادة ٣٢ من قانون الملكية العقارية بقوله « الانتفاع حق عينى باستعمال شىء يخص الغير وبالتمتع به ••• » ويمكن القول بصفة عامة ان حق الانتفاع سواء فى القانون المصرى أو فى القانون اللبنانى هو حق عينى يخول شخصا معينا الحصول على منفعة شىء أو حق للغير [1] •

وهذا الحق ينشأ ، كما سوف نراه ، بتصرف قانونى ، كالعقد أو الوصية ، أو بواقعة قانونية ، كالشفعة أو الحيازة [2] • ولكن أيا ما كانت طريقة اكتساب الانتفاع فهو حق مؤقت ، مآله الى الانقضاء ، بحيث تعود المنفعة لمالك الرقبة ، فتجتمع له كل عناصر الملكية من جديد • فحق الانتفاع ، طبقا للمادة ٩٩٣ / ١ من التقنين المدنى المصرى ، أما أن يتقرر لاجل معين فينقضى بانتهائه أو بموت المنتفع ولو لم ينته هذا الاجل ، وأما أن يتقرر دون تحديد أجل منه فيعتبر مقررا لمدى حياة المنتفع وينقضى بموته ، وهو طبقا للمادة ٣٢ من قانون الملكية العقارية اللبنانى « يسقط حتما بموت المنتفع •• »

ولما كان حتى الانتفاع بطبيعته حق مؤقت ، فقد نصت المادة ٩٩٥ من التقنين المدنى المصرى على سقوطه بعدم

---

(١) يعرف مشروع القانون المدنى الجديد فى مصر حق الانتفاع بقوله « الانتفاع حق عينى يخول صاحبه استعمال عقار أو منقول أو حق للغير واستغلاله » .

(٢) يلاحظ أن الانتفاع ينشأ أيضا فى القانون الفرنسى بنص القانون ، وتوجد تطبيقات هذا المصدر فى نظام الميراث وفى النظام المالى للزوجين .

الاستعمال مــدة خمســة عشر ســنة [1] • ويجب الاخــذ كــذلك بمبدأ سقوط هذا الحق بعدم الاستعمال فى القانون اللبنانى رغم خلوه من نص يقرره ، نظرا لكون هذا السقوط نتيجة منطقية لصفة التأقيت التى نــص عليهــا المشرع اللبنــانى صراحة فى المــادة ٣٢ من قانون الملكية العقارية المشــار اليه •

وحق المنتفع حق عينى لانه يرد مباشرة على الشىء • ولذلك يكــون للمنتفع تتبع الشىء فى أى يد يكون لاقتضاء حقه منه ، كما يكون له أن يستبعد كل مزاحمة من الغير فى حدود مضمون حقه •

والمنتفع باعتباره صاحب حق على منفعة الشىء يستطيع التصرف فى حقه ككل صاحب حق ، ولكنه لا يستطيع التصرف فى الشىء ذاته ، اذ أن حقه قاصر على المنفعة دون الرقبة [2] •

ويلاحظ أن المادة ٣٢ من قانون الملكية العقارية اللبنانى تنص صراحة على أنه « ••• لا يجوز انشاء حق الانتفاع لصالح اشخاص معنويين » مما لا مقابل له فى القانون المصرى أو فى القانون الفرنسى الذى استقى منه المشرع اللبنانى احكام حق الانتفاع • ولعل المشرع اللبنانى قد قصد من هذا النص الحيلولة دون اطالة مدة الانتفاع الى الحد الذى يجعله فى حكم الحق المؤبد كالوقف ، بالنظر الى طول حياة الاشخاص المعنوية • ومع ذلك فقد كان من الاجدر اتباع مسلك المشرع الفرنسى فى هذا الشأن باجازة ترتيب حق الانتفاع لصالح الأشخاص المعنوية مع تحديد مدة قصوى لــه [3] •

---

(١) وحق الانتفاع ينتهى كذلك باتحاد المالك ، كما ينتهى بهلاك الشىء محل الانتفاع . على أنه اذا استحق تعويض أو تامين عن الهلاك كان للمنتفع أن ينتفع به بقية مدة الانتفاع . وقد يحكم بسقوط الانتفاع على سبيل الجزاء ، كما سوف نراه .

(٢) ينص مشروع التقنين المدنى الجديد فى مصر على أنه : « ١ ــ للمنتفع أن يتصرف فى حقه مالم يكن ممنوعا من ذلك ــ ٢ ــ وفى حالة التصرف فى حق الانتفاع يكون المنتفع الاصلى مسئولا قبل مالك الرقبة عن قيام المتصرف اليه بالتزاماته ما لم يقبل مالك الرقبة التصرف » .

(٣) تتحدد هذه المدة فى القانون الفرنسى بثلاثين سنة على الاكثر .

محل الانتفـــاع :

٤٨ — والانتفاع يرد على العقار والمنقول سواء في القانون المصري أو اللبناني رغم أن هذا الاخير لم يتعرض للانتفاع الا بصدد العقارات في قانون الملكية العقارية [١] ، وسواء كان المنقول ماديا أم معنويا ، كما يرد على الحقوق الشخصية أو حقوق الد ائنية [٢] . على أن الانتفاع اذا ورد على أشياء قابلة للاستهلاك فانه يتضمن بالضرورة التصرف فيها . لذلك فان الانتفاع بمثل هذه الاشياء معناه في الواقع نقل ملكيتها للمنتفع مع التزامه برد مثلها أو قيمتها عند نهاية الانتفاع [٣] .

واذا ورد الانتفاع على منقول غير مادي أو على حق من الحقـــــوق الشخصية فقـــد سبق أن رأينا ما يثيره من صعوبة نتيجة عدم تصور حق عيني يرد على شيء معنوي أو على حق شخصي يتمثل في دين معين [٤] . ولكن اذا سلمنا بأن الملكية ليست سوى التعبير عن علاقةالتبعية بين شخص وشيء من الاشياء ماديا كان هذا الشيء أو معنويا ، وأن الحق العيني ليس الا التزاما عينيا ، فانه يكون من السهل تصور ورود الانتفاع على الاشياء المعنوية [٥] .

---

(١) في هذا المعنى زهدي يكن ، المرجع السابق ، ج ٢ ، بند ٢٣٥ ، البير فرحات القانون المدني ، الاموال (على الآلة الكاتبة) ، ص ٣١٩ .

(٢) عكس ذلك انظر حسن كيره ، دروس في الحقوق العينية الاصلية السابق الاشارة اليها ، ص ٤٤ — ٤٦ ص ٢٧١ .

(٣) وقد نص مشروع القانون المدني المصري الجديد على أنه «اذااشتمل الانتفاع على أشياء قابلة للاستهلاك جاز للمنتفع أن يستعملها بشرط أن يرد قيمتها عند نهاية الانتفاع وفق التقدير المتفق عليه ، فان لم يكن هناك تقدير متفق عليه كان للمنتفع الخيار بين أن يدفع قيمة هذه الاشياء أو أن يرد بدلها.
في هذا الصدد راجع : عبد المنعم البدراوي ، بند ٢١٨ وما بعده ،
S. Ginossar, op. cit., No. 54; Carbonnier, Droit civil, T. II, p. 104.

(٤) راجع ما تقدم بند ١٠ .

(٥) في الانتفاع بالاشياء المعنوية راجع : عبد المنعم البدراوي ، بند ٢٢١ وما بعـــده ،
Marty et Raynaud, T. 3, No. 68 et ss.

مضمـــون المنتفع :

٤٩ — ومادام للمنتفع الحق فى الحصول على منفعة الشىء فانه يكون له استعماله كما يكون له استثمار .

ولكن المنتفـــع اذا كان له الاستعمال مثله فى ذلك مثل المالك ملكيـــة تامة ، فهو مقيد فى استعماله بالغرض المخصص له الشىء دون أن يكون له التغيير فى تخصيصه ، خلافا للمالك ملكية تامة الذى له أن يستعمل الشىء فى أى وجه أراده . على هذا النحو قررت المادة ٩٨٨ من التقنين المدنى المصرى أن « على المنتفع أن يستعمل الشىء بحالته التى تسلمه بها وبحسب ما أعد له وأن يديره ادارة حسنة » .

واذا كان للمنتفع استثمار الشىء مثله فى ذلك مثل المالك ملكية تامة ، فان الاستثمار يمتد الى ثمار الشىء دون منتجاته التى تبقى للمالك باعتبار الحصـــــول عليها يمس بجوهر الشىء ، فضلا عن أنهـــا لا تتجــــدد بصفة دورية، بحيث لا يمكن القول بأنها تمثل الدخل العادى المنتظـــم للشىء . وقد نصت المادة ٤٠ من قانون الملكية العقارية اللبنانى على حق المنتفع فى الثمار دون المنتجات بالطبيعة بقولها « للمنتفع الحق بغلة العقار فى فترات معينة منتظمة بدون انقاص من جوهر العقار (ويدخل فى هذه الحاصلات بدل تأجير حق الصيد والقنص) . ويدخل فى حكم الغلال : حاصلات المناجم المستورة والمكشوفة والمقالع اذا كانت هذه الحاصلات عائدة لصاحب العقار (بشرط أن يكون المنجم أو المقلع قد فتح قبل بدء الانتفـــاع) ، والاشجار اذا كانت تغل بآجال منتظمة (لاستهلاك حطبها أو بيعها) » .

ولكن ماهو النطـــاق الزمنى الذى تتحـــدد به الثمـــار التى تكـــون للمنتفع ؟ يفرق القانون الفرنسى فى هذا الصدد بين الثمار الطبيعية والثمار المدنية . فالثمار الطبيعية تكتسب بالقبض بحيث تكون الثمار التى يتم

قبضها من يوم الانتفاع للمنتفع وتكون الثمار التى لا يتم قبضها حتى آخر يوم فيه للمالك الاصلى بدون تعويض من أحدهما للاخر • أما الثمار المدنية فتكتسب يوما فيوما ، ومن ثم يكون للمنتفع منها ما يوازى مدة انتفاعه (١) • وقد انتقد كثير من الشراح الفرنسيين حكم الثمار الطبيعية فى هذا الشأن وطالبوا باجراء حكم الثمار المدنية عليها باعتباره أكثر عدالة(٢) • وقد أخذ كل من المشرع اللبنانى والمشرع المصرى بوجهة نظر هؤلاء الشراح مع بعض الاختلاف • فقد نصت المادة ٤١ من قانون الملكية العقارية اللبنانى على أنه «فى بدء الانتفاع وعند نهايته يصير توزيع الغلال التى لا تكون قد جمعت بعد أو ما كان باقيا منها بدون جمع ، بين المنتفع ، وصاحب العقار بنسبة المدة التى كان فيها حق الانتفاع قائما ، والمدة التى لم يكن فيها (مع مراعاة زمن انتاج الغلال السنوى أو غير السنوى) • وليس لصاحب العقار على المنتفع ولا للمنتفع على صاحب العقار حق استرداد شىء من نفقات الحراثة انما يحسب له ثمن الاسمدة والبذار التى تكون قد استعملت لتحضير الغلة عند ابتداء الانتفاع أو عند نهايته » • وكذلك نصت المادة ٩٨٧ من التقنين المدنى المصرى على أن « تكون ثمار الشىء المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣ » ، ونصت المادة ٩٩٣ المذكورة على أنه « واذا كانت الارض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الاجل أو موت المنتفع بزرع قائم ، تركت الارض للمنتفع أو لورثته الى حين ادراك الزرع ، على أن يدفعوا الاجرة عن هذه الفترة » •

ولا خلاف فى تطبيق هذه الاحكام بالنسبة للثمار المدنية فى كل من القانونين اذ يحصل المنتفع منها على ما يوازى الفترة بين بدأ الانتفاع وانتهائه •

(١) Colin et Capitant, Droit civil, T. 1, No. 1073; Josserand, Cours de droit civil, T. 1, 1901.

(٢) Colin et Capitant, Droit civil, T. 1, No. 1073; Josserand, Cours de droit civil, T. I, No. 1901.

كذلك الامر بالنسبة للثمار الطبيعية فيصير توزيع الثمار الموجودة فى الارض عند بدء الانتفاع بين المالك الاصلى وصاحب الانتفاع بحسب ما يقابل المدة التى كان له الانتفاع فيها بالشىء من مدة بقاء الثمار فى الارض. غير أن المشرع اللبنانى قد نص صراحة فى هذه الحالة على أنه ليس لصاحب العقار على المنتفع حق استرداد شىء من نفقات الحراثة، انما يحسب له ثمن الاسمدة والبذار ، أما المشرع المصرى فقد سكت عن ذلك ومن ثم يمكن القول بأن المنتفع يلتزم بتعويض المالك عما يقابل نصيبه من المصروفات التى انفقها على انتاج الثمار (١) . أما بالنسبة للثمار الطبيعية التى تكون بالارض عند انتهاء الانتفاع فقد أجرى عليها المشرع اللبنانى نفس الحكم الذى أجراه على الثمار التى تكون موجودة بالارض عند بدء الانتفاع مع الزام المالك بنصيبه فى ثمن الاسمدة والبذار دون نفقات الحراثة .

وأما المشرع المصرى فقد أخذ بحكم مخالف مقتضاه أن الثمار التى لاتزال فى الارض عند انتهاء الانتفاع تكون للمنتفع ، على أن يدفع أجرة الارض عن الفترة ما بين انتهاء الانتفاع ونضج الثمار .

والمنتفع — فى حدود مضمون حقه — يستطيع أن يقوم بأعمال الادارة كالتأجير وبيع المحاصيل والقيام بالاعمال التحفظية ورفع الدعاوى .(٢)

٥٠ — ووجود حق المنتفع وحق مالك الرقبة على نفس الشىء يفرض على كل منهما عدة التزامات تضمن ممارسة الاخر لحقه (٣) .

---

(١) عبد المنعم البدراوى بند ٢٢٨ .

(٢) راجع مذكراتنا فى التنظيم القانونى للايجار (على الالة الكاتبة) ١٩٦٧ — بند ١٧١ . وراجع أيضا حسن كيره ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية ، ص ٢٧٥ وما بعدها .

(٣) Hassan Aberkane, L'obligation propter rem en droit positif français, Paris, 1957, No. 38 et ss.

فالمنتفع يلتزم برد الشيء عند انتهاء حق الانتفـــاع ، فاذا كان الرد مستحيلا كان عليه أن يرد قيمته مقدرة فى هذا الوقت . ولا يعفى المنتفع من هذا الرد الا اذا هلك الشيء بقوة قاهرة أثناء مدة الانتفاع . أما اذا كان الشيء قد هلك بعد انتهاء الانتفاع وتأخر المنتفع فى الرد فهــو مســئول عن هذا الهلاك ولو كان بسبب أجنبى (م ٥١ لبنانى ٩٩٠/٢ مصرى) . وضمانا للوفاء بهذا الالتزام أوجب المشرع اللبنانى على المنتفع ، عند بدء الانتفاع تنظيم كشف بالعقارات المنتفعبها قبل مباشرته الانتفاع (م٣٥/١). ويتم تنظيم هذا الكشف أصلا بتحريره لدى الكاتب العدل على نفقة المنتفع، ولكن بحضور المالك أو بعد دعوته بصورة قانونية وتخلفه عن الحضور ، ما لم يتفق الطرفان على تحريره فى سند عادى . كذلك أوجب المشرع اللبنانى على المنتفع قبل مباشرته الانتفاع تقديم كفيل قدير على الدفـــع (م ٣٥/١) . فاذا تأخر المنتفع عن الوفاء بهذين الالتزامين فلا يحرمه ذلك من الثمار فى فترة التأخير . أما اذا لم يوف بها ـــ دون أن يتضمن السند المنشيء للانتفاع أعفاءه منها ـــ فللمالك أن يمتنع عن تسليم العقار أعمالا لقواعد الحبس ، وله اذا كان قد أتم التسليم طلب الحكم بتأجير العقار المنتفع به أو تعيين حارس عليه تدفع أجرته من ثمن العقار فى حالة الامتناع عن تقديم الكفيل (م ٣٨) واعتبار أن العقار قد سلم بحالة حسنة فى حالة الامتناع عن تنظيم الكشف [١] .

وأما المشرع المصرىفقد وضع علىعاتقالمنتفع نفسالالتزامين المفروضين فى القانون اللبنانى ، لكن بينما فرضهما المشرع اللبنانى حيث يكون محل الانتفاع عقارات ، اقتصر المشرع المصرى على فرضهما حيث يكون محل الانتفاع منقولات ، وبينما يشترط القانون اللبنانى أن يكون جرد العقارات بسند موثق لا يشترط المشرع المصرى ذلك (م ٩١٤) .

(١) محكمة بداية البقاع ١٩٤٥/٥/٢٤ ، النشرةالقضائية ، السنةالاولى، جـ ٦ و ٧ ، ص ٢٩١ .

ويلحق برد الشيء رد الثمار التى يتم قبضها بعد انتهاء الانتفاع ، اذ أن هذه الثمار ــ كما قدمنا ــ لا تكون من حق المنتفع ٠

ويترتب على هذا الالتزام بالرد ، الذى يعتبر جوهر حق مالك الرقبة ، الزام المنتفع بحفظ الشيء وفقا لمعيار الشخص المعتاد ٠ فاذا ما أخل بهذا الالتزام اخلالا ترتب عليه ضرر بمالك الرقبة كان المنتفع مسئولا عن تعويض هذا الضرر ٠ وقد نصت المادة ١/٩٩٠ من التقنين المدنى المصرى على هذا الالتزام بقولها « على المنتفع أن يبذل من العناية فى حفظ الشيءمايبذله الرجل المعتاد » ٠ويترتب على هذا الالتزام العام بالحفظ عدة نتائج :

فالمنتفع عليه وفقا للمادة ١/٩٨٨ من التقنين المدنى المصرى أن يستعمل الشيء بحالته التى تسلمه عليها وبحسب ما أعد له وأن يديره ادارة حسنة وقد نصت المادة ٢/٤٤ من قانون الملكية العقارية اللبنانى علىنفس الحكم بقولها : « على المنتفع أن يتبع ، فى استعمال العقار والتمتع به ، عوائـــد أصحاب العقار السابقين لا سيما فيما يتعلق بالغاية المعدة لها الابنية وبطريقة زراعة الاراضى واستثمار الاحراج والمقالع٠٠» ٠ وعلى ذلك فالمنتفعيلتزم بعدم التغيير فى مادة الشيء ، أو فى الاستعمال المخصص له ، كأن يحول المسكن مثلا الى محل تجارى ٠ على أن المعيار العام فى هذا الشأن هو معيار الادارة الحسنة ، فالمنتفع يستطيع القيام بمثل هذه التغييرات اذا كانت من قبيل هذه الادارة (١) ٠

وقد نصت المادة ٥٣ من قانون الملكية العقارية اللبنانى على أنه « يمكن ٠٠٠ اسقاط المنتفع من حقه بحكم قضائى ، بناء على طلب صاحب العقار

---

(١) نص مشروع التقنين المدنى الجديد على هذا الحكم بقوله « على انه يجوز للمنتفع اذا وجد مبرر قوى أن يغير فيمـــا أعد الشيء له وفى طريقـــة استغلاله وذلك على نفقته وبحكم من القضاء » .

بسبب تجاوز المنتفع حقوقه فى التمتع ، لا سيما اذا أحدث تخريبا فى العقار أو اذا تركه يخرب لعدم العناية به • وفى هذه الحالة يسمح لدائنى المنتفع أن يتدخلوا فى القضية ، وان يعرضوا بأن يتولوا اصلاح ما تخرب وأن يقدموا ضمانات للمستقبل • وللقاضى حسب خطورة الظروف ، أما أن يحكم باسقاط حق الانتفاع اسقاطا مطلقا وأما أن يأمر بعدم تسليم العقار الى صاحب رقبته الا على شريطة أن يدفع سنويا للمنتفع أو لمن انتقل اليه حقه مبلغا معينا حتى الاجل المحدود لزوال حق الانتفاع • » • كذلك خولت المادة ٢/٩٨٨ من التقنين المدنى المصرى « للمالك أن يعترض على أى استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشىء • فاذا أثبت أن حقوقه فى خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات ، فان لم يقدمها المنتفع أو ظل على الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالا غير مشروع أو غير متفق مع طبيعتها ، فللقاضى أن ينزع هذه العين من تحت يده وأن يسلمها الى آخر يتولى ادارتها ، وله تبعا لخطورة الحال أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع دون اخلال بحقوق الغير » • ومثل هذه الاجراءات لا تخل بالطبع بحق مالك الرقبة فى المطالبة بالتعويض عن كل هلاك أو تلف يصيب الشىء بخطأ المنتفع •

والمنتفع عليه أن يقوم ــ طوال مدة انتفاعه ــ بالاصلاحات التى يقتضيها حفظ الشىء محل الانتفاع وصيانته • كذلك يلتزم المنتفع بالتكاليف المعتادة التى تدفع عادة من دخل الشىء ، كالضريبة العقارية مثلا • أما الاصلاحات الجسيمة ، كاعادة بناء المسكن مثلا ، والتكاليف غير المعتادة مثل ضريبة الدخل ، فهذه يتحملها مالك الرقبة ، وان كان المنتفع يلتزم بفوائدها طوال مدة الانتفاع • وقد نصت المادة ٤٥ من قانون الملكية العقارية اللبنانى على هذه الاحكام بقولها « أن الضرائب العقارية على مختلفها هى على عاتق المنتفع ، وكذلك الترميمات اللازمة لصيانة العقار ، أما التصليحات الكبيرة أى

التصليحات التى تقوم بتجديد قسم مهم من العقار وتستدعى مصاريف غير عادية ، فانها تترتب على صاحب الرقبة » • وقد اضافت المادة ٤٧ الى هذه الاحكام التزام المنتفع بدفع فوائد مايتحمله صاحب العقار من نفقات • كذلك نصت المادة ٩٨٩ من التقنين المصرى على كل ذلك بقولها :

١ ــ « المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة ، وبكل النفقات التى تقتضيها أعمال الصيانة •

٢ ــ أما التكاليف غير المعتادة والاصلاحات الجسيمة التى لم تنشأ عن خطأ المنتفع فانها تكون على المالك ويلتزم المنتفع بأن يؤدى للمالك فوائد ما أنفقه فى ذلك • فان كان المنتفع هو الذى قام بالانفاق كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع •

٥١ ــ ولكن اذا كان ضمان حق مالك الرقبة يفرض على المنتفع مثل هذه الالتزامات فهل لا يقتضى ضمان حق المنتفع فرض التزامات معينة على عاتق مالك الرقبة ؟ يسلم الفقه والقضاء بالتزام مالك الرقبة بعدم التعرض للمنتفع فى تمتعه بحقه ، ولكنه يرفض التسليم بالتزامه قانونا بالاصلاحات الجسيمة التى يضعها القانون على عاتقه بحجة أن المنتفع صاحب حق عينى فلا يمكن أن يلتزم مالك الرقبة قبله بأى التزام ايجابى [1] •

ولكن هناك اتجاه آخر فى الفقه يرمى الى الزام مالك الرقبة بالقيام بالاصلاحات المذكورة ضمانا لاستمتاع المنتفع بحقه • مثل هذا الالتزام

---

(١) Aubry et Rau, par Bartin, Droit civil français, t. 2, 1935, No. 234; Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, Droit civil, Les biens, 1899, No. 558; Req. française, 10, 12, 1900, s., 1904, 1, 36.

يبرره تنازع حق كل من المنتفع ومالك الرقبة على الشىء • فطالما كان من المسلم به التزام المنتفع ببعض الالتزامات التى يفرضها ضمان حق مالك الرقبة ، وهو حق عينى ، فان ضمان حق المنتفع ، وهو حق عينى كذلك ، يفرض التزامات مماثلة على عاتق مالك الرقبة [1] •

وقد نصت المادة ٤٦ من قانون الملكية العقارية اللبنانى صراحة على أنه « لا صاحب العقار ، ولا المنتفع ملزمان باعادة بناء ما تهدم بسبب قدمه أو قضاء وقدرا الا أنه اذا حدث الانهدام على أثر كارثة وكان العقار المهدوم مضمونا كله أو بعضه ، يجوز ، بناء على طلب صاحب الرقبة أو المنتفع ، استعمال قيمة التعويض لتجديد بناء العقار أو ترميمه » •

تقـــدير حق الانتفاع :

٥٢ ــ والواقع أن حق الانتفاع ، بالرغم من تنظيم المشرع المصرى له ، يكاد يكون غير معروف عملا فى مصر • وقد وجه الفقه الفرنسى الى هذا النظام عدة انتقادات أهمها ما يؤدى اليه تأقيت الحق من انصراف المنتفع الى الحصول على كل ما يستطيع من منافع الشىء بما قد يستنفذه دون الاكتفاء باستثماره استثمارا معقولا ودون العناية بما قد لا يلزم لاستثماره من اضافة أو تحسين ، وما يؤدى اليه من انخفاض قيمة الشىء ، حيث يكون من الصعب بيع كل من الرقبة والانتفاع على انفراد • ولكن على الرغم من هذه الملاحظات ، فان الانتفاع يمكن أن يؤدى دورا هاما فى الحياة الاقتصادية بما يتيحه للمالك الذى يريد الاحتفاظ بمنفعة شىء مملوك له طوال حياته ع التصرف فى رقبته للحصول على ما يريده من أموال ، وكذلك للمالك الذى يريد التصرف فى المنفعة مع الاحتفاظ بالرقبة على أمل اجتماع عناصر الملكية لديه بعد ذلك [2] •

---

(١) Carbonnier, p. 114 et s.; Aberkane, op. cit., No. 40 et s.

(٢) فى هذا الصدد راجع :

Marty et Raynaud, T. III, No. 63; Carbonnier, p. 111 et s.

وقد عنى مشروع التقنين المدنى المصرى الجديد بتشجيع المنتفع على القيام بالتحسينات والاضافات اللازمة لتحقيق الشىء محل الانتفاع للغرض المخصص له ، فنص على أنه :

« للمنتفع الحق فى تعويض عن التحسينات التى تكون قائمـة وقت رد الشىء •

ويقدر التعـويض بمقدار ما أنفق فى هذه التحسينات ، أو مازاد فى قيمة الشىء أيهما أقل •

ويجوز للمحكمة أن تقضى بتقسيط التعويض بشرط تقديم الضمانات اللازمة » ، كما نص على أنه « يجوز للمنتفع أن يحدث اضافات لا تغير فيما أعد الشىء له •

ولا يجوز للمالك أن يطلب ازالة هذه الاضافات وانما يخير بين أن يدفع مقدار ما أنفـق فى احداثهـا وما زاد بسـببها فى قيمـة الشىء وقت رده •

وللمنتفع أن ينتزع هذه الاضافات عند انتهاء الانتفاع اذا لميترتب على ذلك ضرر بالشىء ، الا اذا اختار المالك استبقائهـا فى مقـابل أقل القيمتين المنصوص عليهما فى الفقرة السابقة » •

الاستعمال والسـكنى :

٥٣ ـ واذا كان هذا هو مضمون الانتفاع باعتباره حقا يرد علىمنفعة الشىء ، فانه من المتصور أن يمنح المالك شخصا آخر الحق فى الحصول على بعض ثمار الشىء دون استعماله أو ادارته ، أو أن يخوله استعماله دون الحصول على ثماره • وقد عنى التقنين المدنى المصرى بتنظيم وضعين من هذه الاوضاع تحت اسم حق الاستعمال وحق السكنى • أما المشرع اللبنانى فلم يعرض لهذين الحقين ، ولكن ذلك لا يمنع من امكان تقريرهما فى ظله باعتبارهما من مشتقات حق الانتفاع الذى عنى هذا القانون بتقريره •

فحق الاستعمال وحق السكنى ليسا الا نوعا من الانتفاع ، يتميز باتصاله اتصالا وثيقا بشخص المنتفع ، ويتحدد ضمونه بامكانياته فى الاستعمال •

فحق الاستعمال لا يخول صاحبه سوى سلطة الاستعمال دون الاستثمار ، ومن ثم فهو يتيح له الحصول على خدمات الشيء وثماره • ولكن الحق فى الحصول على الثمار مقيد بما يكفى حاجة صاحب الحق هو وأسرته • وحق السكنى ليس سوى حق الاستعال مطبقا على المنازل• وقد نصت المادة ٩٩٦ من التقنين المدنى المصرى على ذلك بقولها « نطاق حق الاستعمال وحق السكنى يتحدد بمقدار ما يحتاج اليه صاحب الحق هو وأسرته الخاصة أنفسهم ، وذلك دون اخلال بما يقرره السند المنشيء للحق من أحكام » •

وتحدد حقوق والتزامات كل من صاحب الاستعمال أو السكنى فى مواجهة مالك الشيء على النحو الذى تتحدد به التزامات المنتفع ، فى حدود مضمون حقه ، فيكون له حق الادارة عموما ، ولكن ليس له الحق فى التأجير ما لم يمنحه سند الحق ذلك • ويكون عليه التزام بالحفظ والرد على النحو الذى رأيناه فى حق الانتفاع •

وهذا الحقان غير قابلين للتصرف فيهما لصالح شخص آخر بحسب الاصل ، وقد نصت على ذلك المادة ٩٩٧ من التقنين المدنى المصرى بقولها « لا يجوز النزول للغير عن حق الاستعمال أو حق السكنى الا بناء على شرط صريح أو مبرر قانونى » •

وعموما يسرى على حق الاستعمال وحق السكنى الاحكام الخاصة بحق الانتفاع ، متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين • فلا ينطبق على حق السكنى مثلا ما تنص عليه المادة ٢/٩٨٨ من التقنين المدنى المصرى والمادة ٥٣ من قانون الملكية العقارية فى لبنان من أنه يجوز أن ينزع القاضى الشيء الوارد عليه حق الانتفاع من يد صاحب هذا الحق ليسلمه الى أمين •

المطلب الثالث

الارتفاق

تعريف الارتفاق وخصائصه :

٥٤ — حق الارتفاق ، كما تعرفه المادة ١٠١٥ من القانون المدنى المصرى، « حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر » ، كحق شرب أو مجرى أو مسيل أو مطل أو مرور يتقرر لعقار على عقار ، أو كمنع البناء على عقار أو منع البناء عليه بعد ارتفاع معين لمصلحة عقار آخر • وقد عرفه المشرع اللبنانى فى المادة ٥٦ من قانون الملكية العقارية تعريفا يماثل فى مدلوله تعريف المشرع المصرى فى جوهره وان كان يشير الى مضمونه وما يخوله من سلطات • فقد نصت هذه المادة على أن « الارتفاق هو تكليف مفروض على عقار معين لمنفعة عقار معين جار فى ملكية شخص آخر غير مالك العقار الاول • ويقوم هذا التكليف اما بتخويل شخص آخر حق مباشرة أعمال تصرفية فى العقار المفروض عليه التكليف ، وأما بحرمان صاحب ذلك العقار من استعمال بعض حقوقه » •

فالارتفاق عبء على عاتق العقار المرتفق به ، بمعنى أن وجوده مرتبط بوجود هذا العقار ، فيبقى ما بقى مهما تعاقب عليه الملاك • والارتفاق يتقرر لخدمة العقار المرتفق ، سواء كان ارتفاقا ايجابيا كحق المرور أو ارتفاقا سلبيا كعدم البناء ، بمعنى أن وجوده مرتبط أيضا بوجود هذا العقار مهما تعاقب عليه الاصحاب • تطبيقا لذلك نص المشرع اللبنانى فى المادة ٨٤ صراحة على أنه « يجوز لاصحاب العقارات أن يحدثوا عليها أو لمنفعتها ما شاؤوا من الارتفاقات شرطا أن لا تفرض على شخص أو لمنفعة شخص بل على أرض أو لمنفعة أرض والا تخالف النظام العام » • على أن الارتفاق على هذا النحو يفترض أن العقار المرتفق به والعقار المرتفق لمالكين مختلفين ، بمعنى أنه اذا كان هناك عقاران لمالك واحد يقوم أحدهما بخدمة الاخر فلا يمكن القول بأن العقار الخادم فى هذه الحالة يتحمل بحق ارتفاق

لصالح العقار المخدوم ، وأن كان مثل هذا الوضع قد يكون بداية لتوليد حق ارتفاق بالمعنى الدقيق فى القانون المصرى اذا ما أصبح العقاران فيما بعد لمالكين مختلفين • غير أن المقصود بذلك أن يكون العقاران مملوكين ملكية مفرزة لنفس الشخص • فاذا كان أحد العقارين مملوكا للمالك ملكية مفرزة والاخر مملوك على سبيل الشيوع مع شركاء آخرين فلا يمنع ذلك من تقرير ارتفاق لاحدهما على الاخر [1] •

والارتفاق لا يرد الا على العقار بالطبيعة ، بل وفى طائفة العقارات لا يتصور وجوده الا على الارض والبناء ، فلا يتصور وجوده مثلا على الاشجار [2] • ولذلك لاينشأ هذا الحق فى القانون اللبنانى الا بقيده فى السجل العقارى ، ولا ينشأ فى القانون المصرى — اذا كان مصدره تصرفا قانونيا — الا بالتسجيل كذلك •

ويجوز بمقتضى المادة ١٠١٥ من التقنيين المدنى المصرى أن يترتب الارتفاق على عقار عام ان كان لا يتعارض مع الاستعمال الذى خصص له هذا العقار • على أنه يلاحظ فى هذا الشأن أن اكتساب الارتفاق على العقار العام بالاتفاق مقيد بعدم تعارض ذلك مع التخصيص المعد له الشىء وفقا للقاعدة فى التصرف فى الاشياء العامة [3] • كذلك فان مثل هذا الارتفاق لا يمكن كسبه بالتقادم وفقا لمبدأ عدم جواز اكتساب حق عينى على الشىء العام بالتقادم •

ومن الطبيعى أنه يمكن انشاء حق ارتفاق لصالح العقار العام على عاتق عقار خاص ، سواء كان ذلك عن طريق الاتفاق أو التقادم • على أن مثل هذا الارتفاق يأخذ صفة الشىء العام ، فلا يمكن سقوطه بالتقادم ويرتبط وجوده بتخصيص الشىء العام للمنفعة العامة اذا كان متعلقا بهذا التخصيص [4] •

---

(١) راجع فى هذا المعنى : حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٩٠ ، Planiol et Ripert, T. III, op. cit., No. 889.

(٢) قارن حسن كيره ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية ، ص ٢٨٩ وما بعدها حيث يرى امكان انشاء حق ارتفاق على الاشجار من الناحية القانونية ، باعتباره عقارات ، وان كان فيما يبدو يسلم باستحالة ذلك من الناحية العملية ، أو على الاقل بصعوبته .

(٣) قارن محمد زهير جرانه ، ص ٥٧ وما بعدها .

(٤) المرجع السابق ، ص ٢٥٤ .

والارتفاق حق تابع لا يتصور وجوده منفصلا عن العقار المرتفق ، ومن ثم فلا يمكن التصرف فيه أو الحجز عليه مستقلا عن هذا العقار ، ويستفيد منه من ينتفع به من منتفع أو مستأجر •

والارتفاق لا يقبل التجزئة ، بمعنى أنه يقوم على عاتق كل العقار المخدوم لصالح كل العقار الخادم بالرغم مما يخضع له أيهما من تجزئة • وقد نصت المواد ٨٨ و ٩٠ من القانون اللبنانى والمواد ١٠٢٤ و ١٠٢٥ من القانون المصرى على هذا المبدأ وبينت حدوده •

فالمادة ٨٨ من القانون اللبنانى تنص على أنه اذا جزء العقار المرتفق، يبقى حق الارتفاق لكل جزء من أجزائه ، دون أن يزيد العبء من جراء ذلك على العقار المرتفق » ، والمادة ٩٠ من نفس القانون تنص على أنه «•• يحق للقاضى أن يأمر بالترقين اذا كان الارتفاق دون جدوى أو كان غيرممكن نفاذ » • والمادة ١٠٢٤ من القانون المصرى تنص على أنه :

« ١ — اذا جزىء العقار المرتفق بقى الارتفاق مستحقا لكل جزء منه ، على ألا يزيد ذلك فى العبءالواقع على العقار المرتفق به •

٢ — غير أنه اذا كان حق الارتفاق لا يفيد فى الواقع الا جزء من هذه الاجزاء فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق عن الاجزاء الاخرى » • والمادة ١٠٢٥ من نفس القانون تقضى بأنه :

« ١ — اذا جزىء العقار المرتفق به بقى حق الارتفاق واقعا على كل جزء منه •

٢ — غير أنه اذا كان حق الارتفاق لا يستعمل فى الواقع على بعض هذه الاجزاء ولا يمكن أن يستعمل عليها ، فلمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق عن الجزء الذىيملكه » •

والارتفاق ليس حقا مؤقتا كحقوق الانتفاع والاستعمال والسكنى ، ذلك أن هذا الحق ، كما قلنا ، ليس مقررا لصالح صاحب العقار المخدوم

على عاتق صاحب العقار الخادم ، وانما لصالح العقار المخدوم ذاته على عاتق العقار الخادم ، ومن ثم فهو يدوم بدوام هذين العقارين فى حالة تجعل الارتفاق المقرر لاحدهما على الاخر ذا فائدة ، ما لم يؤقت عند انشائه بأجل ينقضى بانقضائه • وتطبيقا لنفس الفكرة نصت المادة ١٠٢٨ من القانون المدنى على أنه :

« ١ — ينتهى حق الارتفاق اذا تغير وضع الاشياء بحيث تصبح فىحالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق •

٢ — ويعود اذا عادت الاشياء الى وضع يمكن معه استعمال الحق ، الا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال » ، ونصت المادة ١٠٢٩ من نفس القانون على أنه : « لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه اذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الاعباء الواقعة على العقار المرتفق به » • كذلك نصت المادة ٩٠ من قانون الملكية العقارية اللبنانى على أنه « يسقط الارتفاق بالترقين ••• ويحق للقاضى أن يأمر بالترقين اذا كان الارتفاق دون جدوى أو كان غير ممكن انفاذه » •

وليس فى دوام حق الارتفاق على هذا النحو ما يمس بجوهر حق الملكية الوارد على العقار الخادم فى منفعته أو رقبته ، اذ أنه من الواضح أن مالك هذا العقار يظل متمتعا بكل من المنفعة والرقبة ، غاية ما فى الامر أن الارتفاق يحد من الاستئثار بمنفعة العقار المرتفق به لمصلحة العقار المرتفق •

الارتفاق والحق الشخصى :

٥٥ — ولما كان الارتفاق مرتبط على هذا النحو بوجود العقار المرتفق به والعقار المرتفق مهما تعاقب عليهما الملاك ، فيتقيد به المالك الجديد للعقار المرتفق به ويستفيد منه صاحب العقار المرتفق ، فان الارتفاق يختلف عن الاعباء الشخصية التى قد توجد فيما بين الملاك

المتجاورين ولكنهــا لا تقوم الا فيما بين أطرافها ، ولو تعلقت بعقــار ، فلا تنتقل ايجابا أو سلبا اذا ما انتقلت ملكية العقار المرتفق أو العقـــار المرتفق به الى شـــخص جـــديد • فاذا ما كان لشـــخص معين حق استعمال بئر مملوكة لشخص آخر ، فاما أن يكون استعمال هذه البئر لرى أرضه فيكون حق ارتفاق لارتباطه بعقار معين وقيامه على خــدمته ، واما أن يكون استعمالها فى شأن آخر من شئونه لا يتعلق بأرضه فيكون حقا شخصيا • واذا ما كان لشخص حق ايداع سيارته فى مكان بأرض جاره ، فان صاحب السيارة لا يكون له ارتفاق على أرض جاره وانمامجرد حق شخصى ، اللهم الا اذا تعلق الامر بصاحب فندق مثلا ترتب له حق ايداع سياراته فى أرض جاره مما قد يستنتج معه وجود حق ارتفاق لهذا الفندق على هذه الارض • واذا ما تعهد شخص بحرث حقل لجاره ، فان صاحب الحقل لا يكون له حق ارتفاق وانما مجرد حق شخصى ، لان هذا الحق لا يرتبط من الناحية السلبية بعقار مرتفق به وانما يرتبط بــذمة المدين [1] •

وترجع أهمية التفرقة بين حق الارتفاق والحق الشخصى الى أن حــق الارتفاق ، كما قلنا ، يتبع الملكية ايجابا وسلبا فينتقل بانتقالها ، ويكــون بالتالى حقا دائما ، بينما الحق الشخصى لا ينتقل بانتقال الملكيــة الا اذا كان من مستلزمات الشىء وكان الخلف الخاص على علم به وقت انتقــال الشىء اليه (م ١٤٦ مدنى مصرى) ، وهو حق مؤقت بطبيعته • هذا فضلا عن أن مالك العقار المرتفق يستطيع التخلص منه اذا هو تخلى عن عقاره ، ولا توجد هذه المكنة فى الحق الشخصى •

---

(١) راجع فى التفرقة بين حقوق الارتفاق والحقوق الشخصية : عبدالمنعم البدراوى ، بند ٢٧٣ وما بعده ، حسن كيره ، المرجع الســابق ، ص ٢٩١ وما بعدها ،

Marty et Raynaud, No. 140; Carbonnier, p. 173 et ss; Planiol et Ripert, op. cit., No. 948.

ويلاحظ أن البعض يفرق بين الارتفاقات العينية والارتفاقات الشخصية التى تكون مفروضة على عقار لمصلحة شخص معين وليس لمصلحة عقار آخر (Baudry-Lacantinerie et Chauveau, op. cit., No. 813).

ولما كان لحق الارتفاق هذه الخصائص التى تميزه عن الحق الشخصى ، فقد جرى الفقه على القول بأن حق الارتفاق حق عينى يخول صاحبه سلطة مباشرة على العقار المرتفق به ، دون حاجة لتدخل صاحب هـذا العقار ، اللهم الا ترك صاحب الارتفاق يمارس مضمون حقه ، وأن الارتفاق لا يمكن أن يتمحض فى عمل ايجابى يقوم به مالك العقار المرتفق به .

غير أن السند المنشىء للارتفاق كثيرا ما يتضمن الزام مالك العقـار المرتفق به ببعض الالتزامات الايجابية ، كالالتزام بالمحافظة على الطريق فيما يتعلق بارتفاق المرور ، أو الالتزام بالمحافظة على المجرى فى ارتفـاق المجرى . وهذه الالتزامات ، بالرغم من صفتها الايجابية ومن تحمـل شخص المالك بها ، تنتقل الى ملاك العقار المرتفق به المتعاقبين ، وتأخـذ سائر خصائص حق الارتفاق السـابق الاشارة اليها ، وتعـرف لذلك بالالتزامات العينية . ولكن وجود مثل هذه الالتزامات لا يخل بالقاعدة سالفة الذكر والتى تقضى بأن محل الارتفاق لا يمكن أن يكون عملا ايجابيا يؤديه مالك العقار المرتفق به ، اذ أنها لا توجد بصفة مستقلة عن الارتفاق[١] . وقد نصت المادة ١٠٢١ من التقنين المصرى على ذلك بقـولها « لا يلزم مالك العقـار المرتفق به أن يقوم بأى عمل لمصلحة العقار المرتفق الا أن يكون عملا اضافيا يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف مالم يشترط غير ذلك » .

وقد أثار وجود مثل هذه الالتزامات العينية جدلا فى الفقه حول علاقتها بحقوق الارتفاق . فالبعض يجعل من الالتزام العينى فكرة مستقلة ، ويفرق بينها وبين الارتفاق على أساس أن الالتزام العينى وان كان يرتبط بعقار مخدوم مثله مثل حق الارتفاق الا أنه يختلف عنه فى عدم ارتباطه بالضرورة بعقـار[٢] . ويرتب هـذا البعض على ذلك عـدم خضـوع الالتزام

---

(١) عبد المنعم البدراوى ، بند ٢٧٤ ، Marty et Raynaud, No. 146

(٢) De Juglart, Obligations réelles et servitudes en droit privé français, Bourdeaux, 1937, p. 353.

العينى للقاعدة المعروفة فى حقوق الارتفاق والتى تقضى بأن الارتفاق لا يمكن أن يلزم صاحب العقار المرتفق به بعمل ايجابى •

ولكن البعض الاخر يرى فى الالتزام العينى وسيلة فنية لحل التنازع بين الحقوق العينية المختلفة ولو كانت هذه الحقوق واردة على عقارين متجاورين ، وذلك بتمكين أصحاب هذه الحقوق من استعمال حقوقهم (١) لذلك فحقوق الارتفاق لا تعدو أن تكون نوعا من الالتزام العينى يقع على عاتق مالك عقار معين ، يقابله حق عينى لصالح صاحب عقار آخر (٢) على هذا النحو يكون من المفهوم أن يتضمن الارتفاق التزام صاحب العقار المرتفق به فى بعض الاحوال بالقيام ببعض الاعمال الايجابية بصفة تبعية، طالما كان الارتفاق مجرد التزام عينى ، وطالما كان من الممكن أن يكون الالتزام العينى ايجابيا •

حديد مضمون الارتفاق :

٥٦ — ويتحدد مضمون الارتفاق عن طريق السند المنشىء له (م ٨٤ لبنانى) كالاتفاق أو الحيازة ، أو تخصيص المالك فيما يتعلق بالقانون المصرى • على أن ممارسة الارتفاق تشمل ممارسة كل ما يلزم لاستعماله من حقوق • فحق أخذ المياه من بئر الجار مثلا يشمل المرور فى أرض صاحبه حتى مصدر هذا البئر (٣) • وقد نصت المادة ٨٥ من القانون اللبنانى صراحة على ذلك بقولها « من أحدث ارتفاقا ، فقد منح ضمنا ما هو لازم لاستعماله• فحق الاستقاء من عين يتضمن حتما حق المرور فى الارض التى تقع فيها العين » ، وهذا الحكم من البداهة بحيث يجب الاخذ به فى القانون المصرى دون نص •

---

(١) Aberkane, op. cit., No. 21 et ss.

(٢) Idem, No. 92 et ss.

(٣) Marty et Raynaud, No. 159.
فى هذا المعنى : تمييز ١٩٥٧/٢/١٩ ، مجموعة باز ، ١٩٥٧ ، ص ١١٣

ولصاحب الارتفاق عمل كل ما يلزم فى العقار الخادم لاستعمال حقه ، كعمل طريق بالنسبة للمرور ، وكعمل مجرى بالنسبة للشرب • وقد نصت المادة ٨٦ من القانون اللبنانى على ذلك بقولها « لصاحب العقار المرتفق الحق فى أن يقيم فى العقار المرتفق (المرتفق به) كل المنشآت اللازمة لاستعمال هذا الارتفاق وصيانته » • ونصت المادة ١٠٢٠ مدنى مصرى على نفس الحكم بقولها « لمالك العقار المرتفق أن يجرى من الاعمال ما هو ضرورى لاستعمال حقه فى الارتفاق » • وطبيعى أن تكون هذه الاعمال على نفقة صاحب حق الارتفاق اعمالا لمبدأ عدم التزام صاحب العقار الخادم بأى التزام ايجابى • وقد نصت المادة ٨٧ من القانون اللبنانى على هذا الحكم بقولها « أن اكلاف المنشآت اللازمة لاستعمال الارتفاق وصيانتههى على عاتق صاحب العقار المرتفق • كذلك نصت المادة ١٠٢٢ من التقنين المدنى المصرى على ذلك بقولها :

« ١ ـ نفقة الاعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون على مالك العقار المرتفق مالم يشترط غير ذلك •

٢ ـ فاذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الاعمال على نفقته ، كان له دائما أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلى عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق •

٣ ـ واذا كانت الاعمال نافعة أيضا لمالك العقار المرتفق به ، كانت نفقة الصيانة على الطرفين كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة » •

ويلاحظ فى هذا الشأن أن المشرع المصرى ينص صراحة على حق صاحب العقار فى التخلى عنه لقاء التخلص من التكاليف • ولكن هذا الحكم يمكن الاخذ به كذلك فى القانون اللبنانى باعتباره تطبقيا للقواعد العامة فى الالتزامات العينية •

ومتى قام الارتفاق ، وتحددت طريقة استعماله ، لا يمكن تعديله لمصلحة أى من العقارين الا بالاتفاق • فلا يمكن التغيير فى الارتفاق لصالح العقار

الخادم تغييرا يقلل من منفعته • غير أنه يجوز نقل الارتفاق من مكـان لاخر اذا أصبح وجوده فى المكان الاول مرهقا لمالك العقار الخادم وكان نقله الى المكان الجديد لا يترتب عليه نقص منفعته • وقد نصت المادة ٨٩ من القانون اللبنانى على ذلك بقولها « لا يجوز لصاحب العقار المرتفق أن يأتى بعمل يرمى الى قصر استعمال الارتفاق أو الى جعله أكثر مشقة • لذلك لا يجوز له أن يغير وضعية الاماكن ، أو أن يحول الارتفاق الى مكان غير المكان المعين له قديما • بيد أنه اذا كان الارتفاق فى مكانه القديم قد أصبح أشد ارهاقا لصاحب العقار المرتفق أو كان يمنعه عن القيام باصلاحات مفيدة، فله أن يعرض على صاحب العقار المرتفق مكانا بسهولة المكان الاول لاستعمال حقوقه ، ولا يحق لهذا الاخير أن يرفض العرض ••» كذلك نصت المادة ١٠٢٣ من التقنين المدنى المصرى على أنه :

« ١ — لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئا يؤدى الى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق أو جعله أكثر مشقة • ولا يجوز له بوجـه خاص أن يغير من الوضع القائم أو أن يبـدل بالموضع المعـين أصـلا لاستعمال حق الارتفاق موضعا آخر •

٢ — ومع ذلك اذا كان الموضع الذى عين أصلا قد أصبح من شـأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق أو أصبح الارتفاق مانعا من احداث تحسينات فى العقار المرتفق به ، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق الى موضع آخر من العقار ، أو الى عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبى اذا قبـل الاجنبى ذلك • كل هذا متى كان استعمال الارتفاق فى وضـعه الجـديد ميسورا لمالك العقار المرتفق بالقـدر الذى كان ميسورا فى وضـعه السـابق » •

كذلك لا يمكن تغيير الارتفاق تغييرا يزيد من منفعته اذا كان ذلك يضر بمصلحة صاحب العقار الخادم • فاذا كان السند المنشىء للارتفاق سندا عاما لا يعين غرضا معينا لاستعمال الارتفاق أو طريقا معينا لممارسته ، فيكون لصاحب العقار المخدوم بالطبع أن يمارس حقه كيفما شـاء وفى الغرض الذى يحدده ، كما لو غير فى الاستعمال المخصص له عقـاره

الذى له ارتفاق المطل من منزل للسكنى الى محل تجارى ، أو وسع البناء الذى يتمتع بارتفاق بالمرور بما يزيد من عدد المارين •

أما اذا كان السند المنشىء للارتفاق قد حدد طريقة الاستعمال والغرض منه فيجب على صاحب العقار المخدوم أن يلتزم هذا التحديد ، ولا يجوز له أن يخرج عنه الا اذا لم يكن فى هذا الخروج ما يزيد من عبء الارتفاق على صاحب العقار الخادم • وفى هذا الشأن تنص المادة ٨٩ من القانون اللبنانى فى نهايتها على أنه « ••• وكذلك من كان له حق ارتفاق ، لا يمكنه استعماله الا وفقا لمنطوق صكه ولا يجوز له أن يأتى فى أرضه أو فى العقار المرتفق بعمل من شأنه ارهاق ذلك العقار » [١] ، ونصت المادة ١٠٢٠ من التقنين المدنى المصرى على أنه لمالك العقار المرتفق « ١ — ••• أن يستعمل هذا الحق على الوجه الذى لا ينشأ عنه الا أقل ضرر ممكن — ٢ — ولايجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة فى عبء الارتفاق » • ومع ذلك فالقضاء ، عن طريق تفسيره لارادة الطرفين ، يحرص على التوفيق بين طريقة استعمال الارتفاق والظروف الجديدة• فقد حكمت محكمة النقض الفرنسية بتوسعة المر عن القدر المحدد له فى السند ، حتى يتلائم مع الظروف الجديدة التى تقتضى مرور السيارات الى العقار المرتفق به [٢] •

على أنه يبدو أن صاحب العقار المرتفق به ليس له أن يغير من محل الارتفاق فينقله من مكانه الى مكان آخر ولو لم يكن فى ذلك ضرر للعقار المرتفق ، اذ أن ذلك يعتبر تعديلا للارتفاق ذاته وليس للاستعمال المخصص

---

(١) فى هذا المعنى أنظر تمييز ١٩٥٩/٤/٦ (مجموعة باز ، ١٩٥٩ ص ١٤٢) . وقد قضى هذا الحكم بأنه اذا كان حق المرور لا يتناول الا الرجل والحافر فليس لصاحب هذا الحق أن يطلب أن يشمل السيارات الا اذا عوض عن ذلك صاحب الارض وفقا للمادة ٧٤ من قانون الملكية العقارية الخاصة بالمرور القانونى . فى نفس المعنى أنظر تمييز ١٩٥٩/٦/٣٠ ، مجموعة باز ، ١٩٥٩ ، ص١٦٢ ، تمييز ١٩٦٣/٣/٢٨ ، المحامى ، ١٩٦٤ ، ١٩٦٥ ، ص ٧٥ .

(٢) Req. 3/8/1937, Gaz Pal., 1937, 2, 741.

له ، فلا يمكن السماح به فى غيبة نص مماثل لنص المادة ٨٩ ، لبنـــانى والمادة ١٠٢٣/٢ مدنى مصرى اللتان تسمحان بنقل الارتفاق الى مكان آخر اذا اصبح المكان المعين له أصلا يزيد من عبء الارتفاق على العقار المرتفق به أو أصبح مانعا من أحداث تحسينات فيها [1] •

فاذا قام صاحب العقار المرتفق به بمنع مالك العقار المرتفق من ممارســة حقه ، كما تحدد على النحو السابق ، أو تعدى مالك العقار المرتفق حدود الارتفاق المخول له ، كان الجزاء هو التنفيذ العينى ، بالزام المخالف باعادة الحال الى ما كانت عليه ، مع التعويض عن كل ما يكون قد أصـــاب الطرف الاخر من ضرر •

نشـــأة الارتفـــاق وزواله :

٥٧ ـــ والارتفاق ، كما سوف نرى ، ينشأ بعمل قانونى ، كالعقد أو الوصية • وكذلك تنشأ الارتفاقات الظاهرة ـــ وهى التى توجد علامة خارجية تدل عليها ـــ بالتقادم ، وأن كان هذا المصدر محدود النطاق فى القانون اللبنانى ، على خلاف الحال فى القانون المصرى ، حيث يقتصر على العقارات غير الممسوحة وحدها • وأخيرا فقـــد نقل المشرع المصرى عن القانون الفرنسى مصدرا ثالثا للارتفاق هو تخصيص المالك الاصلى « اذا ما تبين بأى طريق من طرق الاثبات أن مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة ، فأنشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل على وجود ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين • ففى هذه الحالة اذا انتقل العقاران الى أيدى ملاك مختلفين دون تغيير فى حالتهما ، عد الارتفاق مرتبا بين العقارين لهما وعليهما ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك » • ولم يعرض المشرع اللبنانى لهذا المصدر • وقد استقر القضاء اللبنانى على أن تخصيص المالك الاصلى لا يمكن أن ينشىء بذاته ارتفاقا فى القانون اللبنانى

---

(1) Marty et Raynaud, op. cit., No. 160.

ما لم يرد ذكره فى السند الناقل للملكية ويقيد فى السجل العقارى نظرا لطبيعة النظام العقارى اللبنانى الذى يقوم على نظام السجل العينى [1] •

وينتهى حق الارتفاق اذا ما فقد شرط من الشروط اللازمة لقيامه ، كأن هلك أحد العقارين أو اتحد مالكهما • كذلك ينتهى بانقضاء المدة المحددة له وبعدم الاستعمال •

غير أن سقوط الارتفاق بعدم الاستعمال فى القانون اللبنانى قاصر على الاراضى غير الممسوحة • وسوف نعود الى هذا الموضوع مرة أخرى فى القسم الثانى من هذا الكتاب •

المطاب الرابع

المساقاة أو الاجارة العينية أو الحكر

٥٨ ــ استحدث المشرع اللبنانى ، بعد اصدار قانون الملكية العقارية ، بالقرار رقم ١٢ الصادر فى ١٦ كانون الثانى سنة ١٩٣٤ حقا عينيا أصليا سماه حق المساقاة • ويماثل هذا الحق ذلك الحق المسمى فى القانون الفرنسى Bail emphytéotèque • وليس لهذا الحق مثيل فى القانون المصرى وأن كان يشبهه من بعض الوجوه حق الحكر الذى ما زال قائما فى هذا القانون فى نطاق ضيق •

والمقصود بهذا الحق نوع من الايجار طويل المدة الذى يرد على العقارات ويخول المستأجر حقا عينيا على العقار المؤجر • لذلك فتسمية هذا الحق

---

(١) تمييز لبنان فى ١٩٤١/٩/١٧ رقم ٣٣ ، محكمة الاستئناف الخاصة فى ١٩٤٦/١/٢٩ رقم ١٩ ، محكمة الاستئناف الخاصة فى ٢٩ كانون الثانى سنة ١٩٤٦ (منشور فى دليل النصوص العقارية لاسكندر صقر ، ج ١ ، ص ٢١٦ •

بحق المساقاة لم يكن موفقا • ففضلا عن أن هذه التسمية لا تعبر عن مثيلتها فى القانون الفرنسى ، فانها تدعو الى الخلط خاصة فى القانون اللبنانى • فقد عرفت الشريعة الاسلامية تحت هذه التسمية حقا يختلف تماما عن هذا الحق ، نصت عليه « المجلة » التى كانت مطبقة فى لبنان • وهذا الحق الاخير المعروف بالمساقاة فى الشريعة الاسلامية هو نوع من الشركة يقدم فيها طرف الاشجار ويقوم الطرف الاخر بتربيتهما وتقسم ثمرتها بين الاثنين (م ١٤٤١ من المجلة) • لذلك فيحسن تسمية هذا الحق بحق الاجارة العينية أو بحق الحكر تمييزا له عن حق المساقاة بمعناه الصحيح وتعبيرا عن واقع مضمونه ، على نحو ما يذهب اليه بعض الشراح اللبنانيين (١) •

خصائص المساقاة أو الاجارة العينية أو الحكر :

٥٩ — وحق الاجارة العينية أو الحكر يعتبر حقا عينيا اذ أنه يخول صاحبه سلطات مباشرة على العقار محل حقه كما سنرى • وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١/١ من القرار سالف الذكر • وهذه الخصيصة تميزه عن حق المستأجر العادى الذى يعتبر فى الفقه الغالب مجرد حق شخصى • ويمكن للقاضى التمييز بين الحقين من الناحية العملية بالنظر الى المدة المحددة للعقد المعروض عليه والشروط المختلفة التى تحدد حقوق المستأجر والتزاماته على النحو الذى سوف نراه •

وهذا الحق يعتبر من الحقوق المتفرعة عن الملكية أو من حقوق الملكية الناقصة لانه يقتطع بعض سلطات المالك لحساب المستأجر العينى • وهو يشابه على هذا النحو حق الانتفاع بصفة عامة وان كان يتميز عنه من ناحية الاجل ، فبينما ينتهى حق الانتفاع حتما بوفاة المنتفع ولو كانت الوفاة قبل حلول الاجل المعين له فى سند انشائه ، يبقى حق الاجارة العينية قائما حتى ينتهى الاجل المحدد له أصلا رغم وفاة صاحبه ، فينتقل الى ورثته •

---

(١) أنظر فى هذا الشأن زهدى يكن ، جـ ١ ، ص ٣٦٥ ، حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٣٠٥ •

وهذا الحق حق مؤقت مثله فى ذلك مثل حقوق الملكية الناقصة عموما • فقد وضع المشرع حدا اقصى لمدة بقاء هذا الحق هى مدة تسعة وتسعين سنة على الاكثر ، ونص على عدم جواز تمديدها • ولما كانت الغاية المقصودة من انشاء هذا الحق هى تعمير أو استصلاح أو استثمار عقارات خربة أو بور أو مهملة ، فقد تطلب المشرع كذلك حدا أدنى لمدته يسمح بتحقيق هـــذه الغاية ، وهو خمس عشرة سنة على الاقل •

مضمون المساقاة أو الاجارة العينية أو الحكر :

٦٠ ـــ يخول هذا الحق لصاحبه منفعة الشىء • غير أن الغاية منتقريره والتى حتمت اطالة مدته قد جعلت المشرع يخول صاحبه سلطات واسعة تمكنه من القيام بأى تغييرات يرى احداثها فى العقار الذى يكون محلا له فى الحدود التى لا تؤدى الى انقاص قيمته (م ١/٩) أو احـــداث اضرار جسيمة به ، (م ٢/٧) على نحو لا يتوافر للمستأجر العادى • ففى هذه الحدود يستطيع صاحب الحق تغيير زراعة الارض أو التعديل فى الابنية القائمة واعادة تشييدها أو اقامة أبنية أخرى الى جوارها • كذلك يستطيع صاحب الحق أن يكتسب للعقار حقوق ارتفاق ، بل وأن يثقله بحقوق ارتفاق بمقتضى اتفاق ، ولكن لمدة لا تجاوز مدة الاجارة العينية وبشرط اعطاء علم للمالك بذلك ، ويكون له الافادة من الالتصاق مدة بقاء حقه (م ١٢) فيمتد حقه الى كل ما يلتصق بالعقار ويدخل فى ملكية المالك عن هذا الطريق من طرق كسب الملكية •

ويلاحظ أنه اذا أجرى صاحب الحق تحسينات أو انشـــاءات تزيد فى قيمة العقار ، فلا يجوز له أن يهدمها عند انتهاء حقه ، ولا أن يطـــالب

بتعويض عنها (م ٢/٩) ٠ مرجع ذلك أن حقه قــد تقرر فى مقابل بدل زهيد بقصد تحسين العقار واصلاحه خاصة وأنه يظل متمتعا به مدة طويلة [١] ٠

٦١ ــ ويلتزم المستأجر صاحب الحق بدفع البدل المتفق عليه ، وهو عادة بدل زهيد ، نظرا لما يتحمل به من تعمير أو استصلاح أو استثمار العقار الذى يكون فى العادة بورا أو خربا أو مهملا ٠ ونظرا لضآلة هذا البــدل عنى المشرع بالنص صراحة على أنه لا يحق للمستأجر أن يطب تخفيضه ولو بسبب خسارة جزء من العقار أو بسبب الجدب أو فقدان الغلة على أثر طارىء من الطوارىء ٠ كذلك لا يستطيع المستأجر أن يتخلص من دفع البدل ولا من تنفيذ شروط العقد بتركه العقار (م ٨) خلافا لمقتضى فــكرة الالتزام العينى ، نظرا لان المقصود من انشاء هذا الحق هو مواصلة العناية بالعقار طوال مدة الايجار ٠ غير أنه يجوز للمحاكم أن تمنحه مهلة لدفع البدل اذا رأت من الظروف ما يبرر ذلك (م ٣/٧) ٠

كذلك يلتزم المستأجر ، مقابل ما يتمتع به من سلطات ، بجميع التكاليف والاعباء المترتبة على العقار (م ١/١٠) ٠ ويجب عليه ، فوق ذلك ، اجراء كل الاصلاحات اللازمة للابنية القائمة عند ابتداء حقه وللابنية التى تنشأ فيما بعد تنفيذا للاتفاق ، على نفقته وحده ٠ أما اذا تهدم البناء فانه لا يلزم باعادة تشييده اذا أثبت أنه تهدم بسبب قوة قاهرة أو بسبب عيب كان به قبل عقد الايجار (م ٢/١٠) ٠

ويلتزم المستأجر كما قدمنا بألا يقوم بعمل يؤدى الى الانتقاص من قيمة العقار أو يؤدى الى الحاق ضرر جسيم به ٠

---

(١) حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٢٠٧

وأخيرا فان المستأجر يلتزم فوق ذلك بكل ما يفرضه عليه العقد المنشىء لحقه ، ويغلب أن يضع هذا العقـــد على عاتقه القيام بتعمير الارض أو استصلاحها أو القيام بتحسين استثمار العقار أو تغيير تخصيصه •

انتهاء المساقاة أو الاجارة العينية أو الحكر :

٦٢ — ينتهى حق الاجارة العينية بانتهاء الاجل المحـــدد له • وفوق ذلك يجوز للمؤجر اذا لم يدفع الايجار فى سنتين متواليتين ، بعد انذار لم يأت بنتيجة ، أن يطلب من المحكمة اقرارا بفسخ العقد (م ٧/١) • كذلك يمكن للمستأجر أن يطلب فسخ العقد اذا لم يقم المستأجر بتنفيذ شروطه أو اذا الحق أضرارا جسيمة بالعقـــــــار (م ٧/٢) • ويلاحظ ان الحكم بالفسخ ليس وجوبيا على المحكمة اذ يجوز لها كما سبق أن قدمنا أن تمنح للمستأجر مهلة حسب الظروف (م ٧/٣) •

الفصل الثانى

نطاق الملكية

٦٣ — اذا كان حق الملكية كما رأينا حقاذاتيا يتضمن منفعة الشىءورقبته كلها أو بعضها ، فان لهذا الحق وظيفته التى يقوم بها فى خدمة المجتمع . وقد وقفت المذاهب الفردية والتقنينات التى أتخذتها فلسفة لها ، كالتقنين المدنى الفرنسى فى سنة ١٨٠٤ والتقنين المدنى المصرى القديم فى سنة ١٨٨٣ ، عند ذاتية حق الملكية مغفلة كثيرا من مظاهر الوظيفة الاجتماعية التى لهذا الحق ، حتى بدأت المذاهب الاجتماعية فى الانتشار فأبرزت جوانبها المختلفة [١] .

وقد عبرت المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدنى المصرى الحالى عن الوظيفة الاجتماعية للملكية ومظاهرها المختلفة بقولها ان هذا الحق ليس مطلقا لا حد له [٢] ، « بل هو وظيفة اجتماعية يطلب الى المالك أنيقوم بها ويحميه القانون مادام يفعل ، أما اذا خرج على هذه الحدود ، فلا يعتبره القانون مستحقا لحمايته . ويترتب على ذلك نتيجتان :

حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة عامة فان المصلحة العامة هى التى تقدم ...

---

(١) السنهورى ، بند ٣٣٨ .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ، جـ ٦ ، ص ٦٤ .

وحيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هى أولى بالرعاية من مصلحة المالك ، فان هذه المصلحة الخاصة هى التى تقدم ، بعد أن يعوض المالك تعويضا عادلا ... » .

واذا كان النص على الوظيفة الاجتماعية للملكية قد حذف من نص المادة ٨٠٢ فى هذا التقنين ، فلم يكن ذلك ــ كما رأينا ــ عدولا عما قرره المشروع التمهيدى فى هذا الشأن وأنمالان فى التطبيقات التى أوردها المشرع فى صلب القانون المدنى والقوانين الخاصة ما يغنى عن النص عليها صراحة ، وهو نفس النهج الذى انتهجه قانون الملكية العقارية اللبنانى .

بيان نطاق الملكية والحدود التى تمارس فيها سلطاته يقتضى اذن بيان الحد الذى ينتهى عنده استعمال المالك لهذه السلطات لمصلحته الشخصية وتبدأ منه حقوق الغير من ناحية وحقوق المجتمع من ناحية أخرى .

المبحث الاول : نطاق الملكية وحقوق الغير .

المبحث الثانى : نطاق الملكية وحقوق المجتمع .

المبحث الاول

نطاق الملكية وحقوق الغير

٦٤ ــ يقتضى الوضع الناشىء عن تجاور العقارات تطويع سلطات ملاكها بما يضمن حسن استخدامها جميعا .

وقبل أن نعرض لهذه التطبيقات لابد أن نشير الى علاقة الملكية العامة بالملكيات الخاصة فى هذا الشأن . فهل يتحدد نطاق الملكيات الخاصة تجاه الملكية العامة بنفس هذه الحدود ؟ وهل يتحدد بها بالعكس نطاق الملكية العامة تجاه الملكيات الخاصة ؟

لم يثر شك فى خضوع الاشياء الخاصة (Domaine privé) المملوكة للدولة ولغيرها من الاشخاص المعنوية العامة ، فيما يتعلق بنطاق حق الملكية الوارد عليها ، لنفس الحدود التى يتعين بها نطاق ملكيات الافراد الخاصة سلبا وايجابا ، ولكن ثار الشك بالنسبة للاشياء العامة (Domaine public) • فقد ذهب البعض [1] الى ان علاقة الاشياء العقارية العامة بالاشياء العقارية الخاصة (سواء كانت مملوكة للدولة وغيرها من الاشخاص العامة أو كانت مملوكة للافراد) يحكمها مبدأ استقلال الاشياء العامة عن الاشياء الخاصة • ومؤدى ذلك أن التحديد الذى يضعه القانون المدنى لسلطات الملكية لمصلحة الملكيات المجاورة لا يفيد الملكية العامة ولا يثقلها ، ما لم يوجد نص صريح يقضى بغير ذلك • فمثل هذا التحديد يتعارض مع تخصيص الشىء للمنفعة العامة اذا ما ورد عليه ، ويأخذ طابعا آخر مختلفا عن طابع القانون المدنى اذا ما كان لمصلحته • ولكن الواقع أن هذه النظرة تنبع من نظرة هذا الجانب من الفقه الى حق الدولة والاشخاص المعنوية على الاشياء العامة • فهذا الفقه لا يقر تكييف حق الدولة والاشخاص المعنوية العامة على الاشياء العامة بأنه حق ملكية ، ويرى أنه مجرد حق فى الاشراف والحفظ والصيانة ، ومن ثم كان طبيعيا أن يخلى هذا الفقه بين هذه الاشياء وبين الاحكام المنظمة لنطاق الملكية فى القانون المدنى [2] •

على أن الفقه أصبح يسلم الان بملكية الدولة وغيرها من الاشخاص الاعتبارية العامة للاشياء العامة • ولذلك كان طبيعيا أن يسلم بسريان التحديد الذى يضعه القانون المدنى لنطاق الملكية فى حدود الغرض

---

(١) جيز فى مقال بمجلة القانون العام سنة ١٩١٠ بعنوان
Indépendance du domaine public et des immeubles riverains
وفى مؤلفه فى القانون الادارى ، الطبعة الحادية عشر ، ص ٦٩٩ وما بعدها (مشار اليهما فى زهير جرانة ، المرجع السابق ص ٢٢٣ ، ٢٢٤ على التوالى) ، عبد المنعم رياض ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثانية ، ص ٥٢٧ وما بعدها ، كامل مرسى ، الاموال الخاصة والاموال العامة ص ٨٣٨ •

(٢) محمد زهير جرانه ، المرجع السابق ، ص ٢٢٣ •

المخصصة له هذه الاشياء • فيمكن للدولة وغيرها من الاشخاص المعنوية العامة أن تحتج بأحكام القانون المدنى التى تلزم الجار بالا يغلو فى استعمال ملكه عن الحد المألوف والا كان مسئولا عن الضرر الذى يحدثه لجاره ، ويمكن لها أن تستفيد من حقوق الرى والصرف والمرور التى ينظمها هذا القانون اذا كانت تملك عقارا مخصصا للمنفعة العامة وتوافرت فيهشروط الاستفادة منهذه الانظمة • وقدنصت المادة٦٣ من قانون الملكية العقارية فى لبنان على « أن الارتفاق القانونى العائد للمنفعة العمومية ، سواء أكانت الغاية منه التمكين من الوصول الى شواطىء البحر وضفاف مجارى المياه ، أو تأمين أو تسهيل مهمة اعداد المسالك أو المنشآت العمومية والعناية بها أو استعمالها ، وعلى الاخص المنشآت العسكرية البرية أوالبحرية ، هو محدد فى القوانين والانظمة الخاصة » • ولكن هذا النص لا يمنع فى نظرنا من سريان التحديد الذى تضعه القواعد العامة لنطاق الملكية على الملكية العامة فى لبنان •

كذلك يمكن لصاحب الملك الخاص ، سواء كان فردا أو كان شخصا من اشخاص القانون العام أو كان مشروعا عاما ، أن يستفيد من هذا التنظيم لنطاق الملكية اذا كان مجاورا لشىء من الاشياء العامة وحدث له ضرر غير مألوف من هذا الجوار أو توافرت فيه شروط الاستفادة من حقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور • على أنه يلاحظ فى الحالة الاخيرة أن استفادة الملكيات الخاصة مقيدة بالغرض المخصص له الشىء العام • فاذا كان تخصيص الشىء العام ، أو أصبح ، يتعارض مع ثبوت حق من الحقوق المذكورة للاشياء الخاصة المجاورة ، فيجب القول بعدم ثبوت هذا الحق له أو بزواله عنه (١) •

وتتلخص تطبيقات هذا الوضع ــ على حد تعبير المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدنى المصرى الحالى (٢) ــ فى أمرين :

---

(١) المرجع السابق ، ص ٢٢٧ ، ٢٤٨ وما بعدها ، والمراجع المذكورة فيه
(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٦ ، ص ٢٤ .

« ١ — يطلب من المالك أن يمتنع عن استعمال حقه فيما يضر بالغير ضررا غير مشروع ، والذى يطلب هنا هو عمل سلبى ، وتطبيقا لذلك يجب على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار ، والحد المقصود هنا هو مضار الجوار غير المألوفة ...

٢ — يجوز للغير ان يتدخل فى انتفاع المالك بملكه لمصلحة خاصة هى أولى بالرعاية من مصلحة المالك . وهنا ننتقل من الدائرة السلبية .... الى الدائرة الايجابية ، وهى قيام الغير بأعمال معينة متعارضة مع حق المالك... وتطبيقا لذلك يجيز المشروع للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف المملوك لجارهم فيما تحتاجه أراضيهم من رى أو صرف ، ويعطى حق المجرى وحق المسيل ، كما يعطى حق المرور ويتوسع فيه ... »

المطلب الاول : مسئولية المالك عن الاضرار التى تترتب للغير بسبب استعماله لملكه .

المطلب الثانى : حقوق الارتفاق القانونية .

المطلب الاول

مسئولية المالك

عن الاضرار التى تترتب للغير بسبب استعماله لملكه

٦٥ — يخضع المالك للقواعد العامة فى المسئولية . هذه المسئولية قد يشترط الخطأ فى جانب المسئول لقيامها ، وقد تقوم دون حاجة الى خطأ اذا توافرت ظروف أخرى معينة .

فلا شك أن المالك يسأل اذا تجاوز مضمون حقه [1] بأن ارتكب خطأ ترتب عليه ضرر للغير . فاذا ترتب على عدم اتخاذ صاحب مصنع

---

(١) أنظر فى مجاوزة المالك لحدود حقه : محمد مهدى الجام ، المرجع السابق ، ص ١٢٣ وما بعدها .

الاحتياطيات اللازمة أن سالت المياه المتخلفة عن المصنع فى أرض الجـار كان مسئولا عن تعويض هذا الجار عما يصيبه من ضرر من جـراء ذلك ، واذا استخدم مالك فى حى قديم مبانيه متداعية طريقة حديثـة فى البنـاء من شأنها أن تحدث هزات شديدة يترتب عليها زعزعة المبانى المجـاورة كان مسئولا عما يحدث لاصحابها من الضرر (١) .

على أن الجدير بالذكر فى هذا الصدد أن انحسار النزعة الفردية التى كانت تقرن الملكية ــ والحقوق بصفة عامة ــ بالحرية باعتبارها أسـاس قيام الفرد واستقلاله ، والنظر الى الملكية فى ضوء ما تقدمه من نفـع اجتماعى ، قد مكن من تصور قيام الخطأ فى جانب المالك ــ وصاحب الحق بصفة عامة ــ فى مباشرته لحقه ولو لم يخرج عن مضمون هذا الحـق . على هذا النحو ظهرت نظرية التعسف فى استعمال الحق التى وضع كل من المشرع اللبنانى والمشرع المصرى أحكامها . فقد نص المشرع اللبنانى فى المادة ١٢٤ من قانون الموجبات والعقود على مسئولية كل صاحب حق يضر بالغير بسبب تجاوز « حسن النية أو الغرض الذى منح من أجلـه ... الحـق » فى استعماله لحقه ، ونصت المادة الخامسة من القانون المدنى المصرى على حالات ثلاث يكون فيها صاحب الحق مسئولا عما يتسبب للغير من ضرر عن استعماله لحقه ، هى حالة تمحض نيته للاضرار بالغير ، وحالة عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذى يعود على الغير من جراء استعماله لحقه ، وحالة استهداف صاحب الحق من استعماله لحقـه تحقيق مصلحة غير مشروعة . ويلاحظ فى هذا الشأن أن المشرع اللبنانى يضع معيارا عاما للتعسف بينما يعمد المشرع المصرى الى ايراد ضوابط متعددة لهذا التعسف . غير أن هذه الضوابط كلها تدور حول فكرة الغاية التى تصاحب الحق والتى تعين بالتالى حدود استعماله المشروع بحيث اذا فارق هذا الاستعمال تلك الغاية كان استعمالا غير مشروع ، وهى نفس

---

(١) استئناف مختلط ١٩٢٩/١٠/٣١ ، Bultan ، ٤٢ ، ص ٩ ، وتعليق الدكتور حامد زكى فى مجلة القانون والاقتصاد س ١ ، ص ١١٩ وما بعدها .

الفكرة التى يقوم عليها معيار المشرع اللبنانى العام • • لذلك فالكلام على الضوابط المصرية يعتبر فى نفس الوقت تعدادا لتطبيقات المعيار اللبنانى [1] • ووفقا لهذه الضوابط يعتبر المالك مسئولا عن استعماله لحقه فى الاحوال الاتية :

١ ــ اذا لم يقصد باستعماله لملكه سوى الاضرار بالغير • مثال ذلك أن يقيم المالك حائطا عاليا على حافة ملكه لمجرد حجب النور والهواء عن جاره ، رغم ما قد يعود عليه من منفعة عارضة غير مقصودة لذاتها من وراء اقامة هذا الحائط • وواضح أن تمحض استعمال الملك للاضرار بالغير يعتبر خطأ فى جانب المالك • واذا كان اثبات هذا التمحض أمرا عسيرا فى العمل ، ألا أنه يمكن الاستدلال عليه فى كثير من الحالات من انعدام مصلحة المالك فى استعماله لملكه [2] •

٢ ــ اذا كان يقصد باستعماله لملكه مصلحة معينة ولكن كانت هذه المصلحة غير مشروعة • مثال ذلك أن يحيط المالك أرضه بأعمدة عالية تعلوها أسلاك شائكة تعرقل هبوط الطائرات فى أرض مجاورة بقصد ارغام الشركة صاحبة هذه الطائرات على شراء أرضه منه بثمن مرتفع • وواضح أن توافر مثل هذا القصد فى استعمال المالك للملكه يتوافر معه الخطأ فى جانب المالك •

٣ ــ اذا كانت المصلحة التى يرمى الى تحقيقها لا تتناسب مع الضرر الذى أصاب الجار بسببها • والمقصود بذلك الحالة التى تكون فيها مباشرة حق الملكية بقصد تحقيق مصلحة مشروعة للمالك ولكن هذه المصلحة قليلة

---

(١) فى نظرية التعسف فى استعمال الحق أنظر بصفة خاصة رسالة الدكتور حسن كيره فى نظرية التعسف فى استعمال الحق فى القانون الفرنسي والقانون المصرى ، باريس ١٩٥٢ ، حسن كيره ، أصول القانون ، الطبعة الثانية ، بند ٣٩٨ وما بعده ، والحقوق العينية لنفس المؤلف ، بند ٩٥ وما بعده ، السنهورى الوسيط ، جـ ١ ، بند ٥٥ وما بعده ، أنور سلطان ، نظرية التعسف فى استعمال حق الملكية ، القانون والاقتصاد ، س ١٧ ، ص ٧١ وما بعدها .

(٢) فى هذا المعنى انظر حسن كيره ، الحقوق العينية ، بند ٩٥ والاحكام المشار اليها فى هـ ٣ ص ٣١٣ وما بعدها .

الاهمية لا تتناسب مع ما يصيب الجار بسببها من ضرر فادح • وواضح أن مثل هذا المالك مالك مستهتر لا يبالى بما يصيب جاره من ضرر بليغ لقاء منفعة تافهة لنفسه ، ومن ثم يتوافر الخطأ فى جانبه • وقد أورد المشرع المصرى عدة تطبيقات لهذه الصورة نجد مثيلا لها فى القضاء اللبنانى • من ذلك مثلا ، فيما يتعلق بسلطة التصرف ، ما تنص عليه المادة ٩٢٨ من التقنين المدنى من أنه « اذا كان مالك الارض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الارض الملاصقة ، جاز للمحكمة اذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب هذه الارض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وذلك فى نظير تعويض عادل » (١) ، وما تنص عليه المادة ٨١٨/ من أنه « ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى ، ان كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط » (٢) •

---

(١) قضت محكمة التمييز فى ٨ نيسان سنة ١٩٦٣ (المحامى ، ١٩٦٤ ، ١٩٦٥ ، ص ٩) أن العلم والاجتهاد لا يأخذان بنظرية الالحاق اذا كان التجاوز الواقع فى البناء تافها يحتمل فيه الخطأ ، وفى هذه الحالة يحكم على البانى حسن النية بتعويض لجاره يقوم على أساس قيمة الجزء الذى خسره هذا الاخير من ملكه •

(٢) هذا النص يضع قيدا على مالك الحائط الفاصل بين بنائين فيمنع صاحبه من هدمه اذا توافرت ظروف معينة . والمقصود بذلك الحائط الفاصل الذى يكون مملوكا ملكية خالصة لأحد الجارين لا الحائط المشترك بينهما. هذه الظروف التى يجب توافرها لقيام القيد الخاص بعدم الهدم ترجع الى شروط ثلاث . فيجب أولا أن يكون ملك الجار مستندا بالحائط وهو ما لا يتحقق الا اذا كان ملك الجار مسورا من جهات ثلاث وكان الحائط هو حده الرابع . ويجب ثانيا أن يترتب على الهدم الاضرار بهذا الجار . فاذا كان ملك الجار المسور مجرد أرض فضاء غير مبنية فيكون لمالك الحائط هدمه لعدم اضراره فى مثل هذه الصورة بالجار . ويجب أخيرا الا يوجد عذر قوى يبرر الهدم ، والمقصود بالعذر القوى المصلحة التى تتناسب مع ما يصيب الجار من ضرر بسبب الهدم .

وهذا الشرط الاخير يفصح عن طبيعة هذا القيد باعتباره مجرد تطبيق لنظرية التعسف فى استعمال الحق المنصوص عليها فى المادة الخامسة من القانون المدنى . فقد نصت الفقرة ب من هذه المادة على أن استعمال الحق يكون غير مشروع اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . =

على هذا النحو تتضح الحدود الذى يباشر فيها المالك حقه بصفة عامة • فالمالك لا يستطيع أن يباشر حقه الا لتحقيق مصلحة له مشروعة وجدية لا للاضرار بالغير او لتحقيق مصلحة غير مشروعة أو لتحقيق مصلحة تافهة لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر •

٦٦ — واذا كان المالك فى مباشرته لحقه يخضع للقواعد العامة فى المسئولية القائمة على الخطأ ، فان التطور الاقتصادى الحديث قد استلزم التسليم بمسئوليته دون حاجة الى قيام الخطأ فى جانبه أو على الاقل دون حاجة الى اثبات هذا الخطأ اذا توافرت ظروف معينة (١) •

وقد ترجع مثل هذه الظروف الى الاستثمار المعد له الشىء وليس الى الشىء ذاته ، كما هو الحال فيما يتعلق بمسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة •

فقد لوحظ أن القواعد العامة لا تكفى لحماية الجار فكثيرا ما يضار الجار من مباشرة جاره لملكه دون أن يكون من المستطاع نسبة خطأ الى هذا الاخير لكونه يرمى من هذه المباشرة الى تحقيق مصلحة مشروعة

= وواضح أن نص المادة ٨١٨/٢ يقتصر على منع المالك من الهدم دون أن يتجاوز ذلك الى تخويل الجار الذى يستند ملكه بالحائط الحق فى الاستفادة منه فى غير الاستتار به ، كوضع حوائط خشبية فيه أو ما الى ذلك . على أن ذلك لا يمنع هذا الجار اذا قام بشىء من ذلك أن يكتسب حق ارتفاق أو حتى الملكية المشتركة للحائط ، اذا قام بهذه الاعمال بصفته صاحب ارتفاق أو شريكا فى ملكية الحائط ، واستمر ذلك المدة اللازمة للتقادم المكسب .

(١) كما هو الحال فيما يتعلق بالمادة ١٢٩ موجبات لبنانى والمادة ١٧٦ مدنى مصرى الخاصة بمسئولية حارس الحيوان عما يحدثه الحيوان من ضرر ، أو المادة ١٧٧ مدنى مصرى ، الخاصة بمسئولية حارس البناء عن الضرر الذى يحدثه انهدام البناء ، أو المادة ١٣١ موجبات لبنانى والمادة ١٧٨ مصرى الخاصة بمسئولية حارس الجوامد أو الخاصة بمسئولية حارس الالات الميكانيكية أو الاشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة عما تحدثه هذه الاشياء من ضرر للغير . وقد سبق دراسة كل هذه الاحكام فى السنة الثانية .

وجدية واتخاذه كافة الاحتياطات الممكنة لتجنيب جاره ما ينتج عن مباشرته لحقه من ضرر • من ذلك مثلا أن يقيم المالك مصنعا فى أرضه ، مع اتخاذ كافة التدابير التى تفرضها القوانين واللوائح ، فيترتب على تصاعد الدخان أو الروائح الكريهة أو الضوضاء منه الاضرار بالملكيات المجاورة ، ومن ذلك أيضا أن يستثمر المالك أرضه فى انشاء مسرح أو سينما أو مدرسة أو مستشفى وما تحدثه الضوضاء الناتجة عن رواد هذه الاماكن من أضرار بالملكيات المجاورة • والجوهرى فى كل هذه الاضرار أنها لصيقة بنوع الاستثمار ذاته الذى اختاره المالك لملكه بحيث لا يمكن تجنبها مهما اتخذ من تدابير [1] •

وليس من المعقول بالطبع أن نمنع المالك من كل استثمار يترتب عليه ضرر بالغير لا يمكن تجنبه ، طالما أنه لم يرتكب خطأ يتمثل فى تقصيره فى اتخاذ التدابير اللازمة لمنع الضرر عن الغير أو فى تعسفه فى استعمال حقه [2] ، وليس من المعقول كذلك أن نحمل الجيران كل هذه الاضرار • فالعدالة تقتضى التفرقة فى هذا الشأن بين ما هو مألوف وما هو غير مألوف من الاضرار بالنسبة للملكيات المجاورة وتحميل المالك مسئولية الاضرار غير المالوفة وحدها ، وهو ما انتهى اليه القضاء الفرنسى ومن بعده القضاء المصرى خروجا على القواعد العامة فى المسئولية •

وقد عنى المشرع المصرى بايجاد السند القانونى لهذا القضاء بنصه فى المادة ٨٠٧ من القانون المدنى الجديد على أنه « ١ — على المالك الا يغلو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار — ٢ — وليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى يمكن تجنبها ، وانما له أن يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المالوف ، على أن يراعى فى ذلك العرف ،

---

(١) اسماعيل غانم ، بند ٦١ .

(٢) فى هذا المعنى اسماعيل غانم ، بند ٦١ ، و هـ ١ ص ١٣١ . عكس ذلك حسن كيره (رسالته ص ٢٠١ وما بعدها وص ٢٧٢ وما بعدها ؛ الحقوق العينية الاصلية بند ٩٨) حيث يرد مضار الجوار الى نظرية التعسف فى استعمال الحق .

وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة الى الاخر ، والغرض الذى خصصت له • ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق » • ويتضح من ذلك أن المشرع يضع حدا لاختيار المالك أوجه الاستثمار المختلفة لملكه هو عدم الغلو الى حد يضر بالجار ضررا غير مألوف ، فاذا تجاوز هذا الحد كان مسئولا عن ذلك قبل الجار المضرور وان لم يكن هناك خطأ فى جانبه بالمعنى الدقيق للكلمة •

ولم يرد فى التشريع اللبنانى نص مماثل لنص التقنين المدنى المصرى • غير أن أحكام «المجلة» المأخوذة عن فقه الشريعة الاسلامية قاطعة فى مبدأ تحريم الضرر الفاحش بين الجيران وتفصيل تطبيقاته وهو نفس مبدأ تحريم مضار الجوار غير المألوفة • ونظرا لان أحكام هذه «المجلة» كانت مطبقة فى لبنان ولم يصدر من المشرع اللبنانى الغاء أو تعديل لها فى هذا الشأن فيمكن الاستناد اليها فى تأسيس المسئولية عن مضار الحوار غير المألوفة فى التشريع اللبنانى [1] •

على هذا النحو سوف نعرض لشروط المسئولية عن مضار الجوار ثم لجزاء هذه المسئولية •

١ — شروط قيام المسئولية عن مضار الجوار

٦٧ — قيدت المادة ٨٠٧ من التقنين المدنى المصرى فى فقرتها الاولى المالك بعدم الغلو فى استعمال ملكه ، ثم بينت المقصود بالغلو فى فقرتها الثانية بقولها « ليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها ، وانما له أن يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف » • فمعيار الغلو فى استعمال الملك ، الذى يرتب المسئولية طبقا للمادة ٨٠٧ ، هو الضرر غير المألوف • أما الضرر المألوف فلا يعتبر غلوا فى استعمال الملك ولا يرتب مسئولية ، الا اذا توافرت الشروط العامة

---

(١) حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ١٦٢ .

للمسئولية [1] . والمقصود بالضرر غير المألوف هو الضرر الفاحش الذى لا يمكن تحمله بين الجيران على نحو ما يعرفه فقه الشريعة الاسلامية .

وواضح أن معيار الضرر غير المألوف معيار مرن يطبقه القاضى فى كل حالة على حدة وفقا لظروفها ، ويستجيب الى ما قد يستجد فى المستقبل من أضرار نتيجة للتقدم الصناعى . فالضرر الناتج عن مصنع مثلا يعتبر مألوفا اذا كان المصنع قد أقيم فى حى صناعى ويكون غير مألوف اذا كان المصنع قد أقيم فى حى سكنى هادىء . والضرر الذى يكون مألوفا فى زمن معين قد لا يكون كذلك فى زمن آخر وهكذا .

وقد حددت المادة ٨٠٨ مدنى مصرى الظروف التى يجب الاعتداد بها فى تقدير ما اذا كان الضرر مألوفا أو غير مألوف بقولها « على أن يراعى فى ذلك العرف ، وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة للاخر والغرض الذى خصصت له » .

ومن تطبيقات القضاء المصرى فى هذا الشأن ما قضت به محكمة استئناف مصر [2] من أنه اذا أنشأت الحكومة محطة من محطات المجارى على قطعة من أملاكها أقلقت ادارتها راحة السكان فى حى مخصص للسكنى ، كان لهؤلاء السكان الحق فى الرجوع على الحكومة بالتعويض عما أصابهم من ضرر ، وما قضت به محكمة القاهرة المختلطة [3] من أن شركة الفنادق التى تقيم جهازا لتوليد الكهرباء فى ملحق فندق تملكه تكون

---

(١) الواقع نه يجب حذف الفقرة الاولى من المادة ٨٠٧ . ففضلا عن أنها تعتبر تزيدا لا فائدة منه مع وجود الفقرة الثانية ، فانها تؤدى الى اللبس عند البحث فى شروط المسئولية عن مضار الجوار ، بما قد توحى به من ضرورة وجود الخطأ كشرط لقيامها واتخاذه أساسا لها ، بينما الواقع — كما يظهر من الفقرة الثانية — أنه ليس هناك مجال للبحث فى سلوك المالك المسئول عند بحث توافر المسئولية وأساسها وانما البحث يكون فى الضرر الذى أصاب الجار ومدى مألوفيته . قارب منصور مصطفى هـ ٢ ص ٥٥ ، وقارب أيضا المادة المقابلة من مشروع التقنين المدنى الجديد .

(٢) ١٩٤٠/١٠/١٧ ، المحاماة ، ٢١ ، رقم ٣٧٦ ، ص ٨٩١ .

(٣) ١٩١٤/٥/٥ — Gazette, 4, 206, 492

مسئولة عن الاضرار التى تصيب الجيران نتيجة الاهتزازات المستمرة الناشئة عن تشغيل هذا الجهاز ، وما قضت به محكمة الزقازيق [١] من أنه ليس للجار حق مطالبة جاره بتعويض ما يلحق زراعته من ضرر بسبب ظل أشجاره طالما كان هذا الجار لم يتعمد زراعتها للاضرار به وطالما كان قد اتبع الاصول الزراعية فى غرسها .

٦٨ — ويلاحظ أن الظروف التى يتقيد بها القاضى فى تقدير مألوفية الضرر هى الظروف الموضوعية [٢] . فاذا كان الضرر الناشىء عن استعمال المالك لملكه مألوفا وفقا لهذه الظروف ولكنه يتجاوز الحد المألوف وفقا لظروف شخصية خاصة بالمضرور فلا تقوم مسئولية المالك . وعلى ذلك اذا كان الضرر هو الضوضاء الناشئة عن تشغيل مصنع ، وكان المضرور شخصا مريضا أو ضعيف الاعصاب يلحقه ضرر جسيم من جراء ذلك ، فلا مسئولية على المالك اذا كانت هذه الضوضاء لا يترتب عليها الا ضرر مألوف بالنسبة للشخص العادى [٣] .

ويذهب البعض الى أن المقصود بالظروف الخاصة بالجار المتضرر ، والتى لا تدخل فى الاعتبار عند تقدير مألوفية الضرر ، هو الظروف الشخصية المتعلقة بهذا الجار دون الغرض المخصص له عقاره ، مادام هذا التخصيص عاديا ومعقولا [٤] . فاذا كان هذا العقار مثلا مخصصا ليكون

---

(١) ١٩٣٣/١٠/٢٢ ، المحاماة ، ١٤ ، رقم ١١٢ ، ص ٢٢٤ .

(٢) فى هذا المعنى : عبد المنعم البدراوى ، بند ٨٨ ، محمد على عرفة ، بند ١٩٣ ، حسن كيره الحقوق العينية الاصلية ، بند ٩٩ ، اسماعيل غانم ، بند ٦٢ ، أنور سلطان ، البحث السابق ص ١٢٣ ، ١٢٤ ، منصور مصطفى منصور بند ٢٣ .

(٣) وينبه البعض (اسماعيل غانم ، بند ٦٢ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٢٤) الى أنه اذا قامت المسئولية وفقا للظروف الموضوعية البحتة فيمكن بعد ذلك ادخال ظروف المتضرر فى تقدير التعويض المستحق له .

(٤) حسن كيره ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ٩٩ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٢٣ ، السنهورى بند ٤٢٩ .

مستشفى ، فان الضرر الناتج عن الضوضاء التى يحدثها مصنع مجاور يمكن أن يعد ضررا غير مألوف بالنسبة لصاحب المستشفى ولــو لم يكن كذلك بالنسبة لجار آخر يستعمل عقاره فى غرض آخر • فتخصيص عقار الجار لمثل هذا الاستعمال الخاص يعتبر من الظروف الموضوعية ولا يعــد من الظروف الشخصية • ويستند هذا الفقه الى ما نصت عليه المــادة ٨٠٧ من أنه يراعى فى تقدير مدى مألوفية الضرر « العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للاخر والغرض المخصصة له » • ولكن البعض الاخر يرى أنه لا يجب النظر الى الظروف الخاصة بالجار المضرور سواء كانت ظروفا شخصية أو كانت متعلقة بالغرض المخصص له عقاره ، اذ ليس من المقبول أن تتغير الحدود المقررة لحق المالك فى استعمال ملكه بتغيـــير الظروف الخاصة بكل جار على حده • ولا يجد هذا الــرأى فى الاعتبــارات التى نصت المادة ٨٠٧ على وجوب مراعاتها فى تقدير مألوفية الضرر ما يؤيــد الرأى المخالف ، اذ أن هذه المادة تتكلم عن الغرض المخصصة له العقارات فى مجمــوعها ولم تخــص بالذكر الغــرض المخصص له عقــار الجــار المتضرر (١) • ونحن نميل الى ترجيح الرأى الذى يعتد بالغرض المخصص له العقار طالما كان هذا الغرض مألوفا بالنسبة لظروف المكان الذى يوجد فيه هذا العقار • فلا مانع مثلا من أخذ تخصيص عقار الجار كمســتشفى فى الاعتبار طالما كان فى حى سكنى هادىء •

كذلك أثير التساؤل عما اذا كان من الممكن النظر فى تقــدير مألوفيــة مضار الجوار الى أسبقية التملك أو الاستثمار • فقد ذهب البعــض الى أنه اذا كان الاستثمار الضار موجودا قبل أن يصبح المتضرر جارا له أو قبل أن يحدد طريقة استثمار أرضه على النحو الذى يصبح به الاستثمار المجاور ضارا ، فيعتبر الضرر الناتج عن هذا الاستثمار مألوفا بالنسبة له بحيث لا يكون له المطالبة بالتعويض عنه • فاذا تملك شخص قطعة أرض بجوار مصنع مثلا أو أقام على أرض مملوكة له بجوار هذا المصنع منزلا سكنيا ، فانه لا يستطيع مساءلة صاحب المصنع عما يحدث له من ضرر ناتج

---

(١) اسماعيل غانم بند ٦٢ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٥٤ .

عن استثماره لمصنعه • وقد أخذت بعض المحاكم فى مصر بذلك ، فقضت محكمة الاستئناف الاهلية فى مصر [1] بأنه « اذا أقدم شخص على بناء دار قريبة من معامل فلا يحق له التضرر من وجودها لدخان متصاعد من مداخلها أو لقلق تحدثه آلاتها ، لانه جار طارىء عليها ولانه تخير فى بناء داره نقطة ظاهرة العيب • وعلى ذلك فلا يحق له طلب تعويض من أصحاب هذه المعامل عن شىء من ذلك » •

ولكن مثل هذا الرأى يجعل للبادىء فى الامتلاك أو الاستثمار حقا فى فرض ارادته على الجيران الطارئين ، باجبارهم اما على القيام بنوع معين من الاستثمار يتلاءم مع استثماره ، واما على تحمل الاضرار غير المألوفة الناشئة عن استثمار المصنع اذا اختاروا بناء أماكن للسكنى [2] ، وهى نتيجة لا يمكن التسليم بها • كل ما فى الامر أنه طالما أن العبرة فى تقدير مألوفية الضرر بالظروف الموضوعية المختلفة السابقة والتى يترتب عليها تحديد طبيعة الحى ذاته ، فانه يترتب على ذلك أنه اذا أقدم عدة ملاك على بناء المصانع فى حى معين مثلا بحيث أصبح هذا الحى مع الزمن من الاحياء الصناعية ، فانه لا يجوز لمن يبنى لنفسه منزلا فى هذا الحى — بعد أن تحددت طبيعته — أن يسأل أصحاب هذه المصانع [3] • أما من يكون له منزل فى هذا الحى قبل ان تتحدد طبيعته الصناعية فيجوز له مسائلة صاحب المصنع الذى يقام فيه ، ولكن اذا سكت عن ذلك حتى أصبح الحى صناعيا امتنعت عليه هذه المسائلة •

٦٩ — ومن الواضح أن هذه المسئولية تختلف عن المسئولية طبقا للقواعد العامة • فالمسئولية طبقا للقواعد العامة يشترط توافر الخطأ فى جانب المسئول لقيامها ، ومتى توافر هذا الخطأ قامت المسئولية عن كل

---

(١) ١٩٢٧/١٢/١٠ ، المحاماة ٨ رقم ٣٢٦ ص ٤٩٨ . وانظر أيضا أنور سلطان ، البحث السابق والمراجع المشار اليها فيه .

(٢) حسن كيره ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ٩٩ .

(٣) فى هذا المعنى اسماعيل غانم بند ، ٦ ، منصور مصطفى منصور بند ٢٣ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٥٥ .

ضرر ينشأ عن هذا الخطأ مهما كان يسيرا • أما المسئولية الناشئة عن مضار الجوار فلا يشترط توافر الخطأ لقيامها وانما يكفى لذلك وجود الضرر ، ولكنها لا تقوم بالنسبة لاى ضرر وانما بالنسبة للضرر غير المألوف دون الضرر المألوف [1] •

واذا كانت مسئولية المالك عن استعمال ملكه تختلف على هذا النحو عن القواعد العامة فى المسئولية ، فمرجع ذلك أن هذه المسئولية تقوم على التضامن الاجتماعى الذى يعتبر أساس حل التنازع بين الملاك المتجاورين فى استعمال كل منهم لملكه [2] • فالقانون بتقريره لهذه المسئولية انما يرسم لكل مالك النطاق الذى يجب الا يتعداه فى استعماله لملكه والذى يبدأ منه نطاق حق جاره فى مثل هذا الاستعمال [3] •

٢ — جزاء المسئولية عن مضار الجوار

٧٠ — التزام المالك بعدم الغلو فى استعمال حقه الى حد يرتب ضررا غير مألوف للجار ، التزام بامتناع عن عمل ، اذا أخل به كان للجار أن يطلب ازالة الضرر •

وازالة الضرر تصدق على منع هذا الضرر فى المستقبل عن طريق التنفيذ العينى ، كما تصدق على منح تعويض للجار المضرور عما لحقه فعلا من ضرر ، على نحو ما تنص عليه المادة ٢/٨٠٧ مدنى مصرى صراحة•

والتنفيذ العينى يتدرج « من الامر بتعديل طريقة الاستغلال الى الامر بتحديده نسبيا من حيث الزمان أو المكان ، الى الحكم بوقف جزء منه ،

---

(١) قريب من هذا المعنى : اسماعيل غانم بند ٦١ و هـ ١ ص ١٣١ . وانظر فى رد مضار الجوار غير المألوفة الى تحمل التبعة أو الخطأ الناشىء عن الخروج عن الحدود القانونية لحق الملكية : السنهورى جـ ٨ ، بند ٤٣٧ والمراجع المشار اليها . وانظر فى رد هذه المضار الى فكرة الاثراء بدون سبب : كربونييه ، المرجع السابق ، ص ١٩٥ وما بعدها .
(٢) عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٥٣ .
(٣) شفيق شحاته ، النظرية العامة للحق العينى ، ١٩٥١ ، بند ٦٨ .

الى الحكم بازالته كليا وغلق المحل أو المصنع » [1] وفقا للظروف • فقد يكفى لازالة الضرر اجراء تعديل فى مصدره كتعلية المدخنة أو توجيه فوهتها وجهة أخرى أو نقل بعض الالات من مكانها أو وضع عوازل للصوت • وقد يكفى لازالة الضرر امتناع المالك عن العمل خلال الاوقات التى تتحقق فيها الاضرار للجيران ، كأوقات النوم • وقد لا يكون هناك من سبيل سوى ازالة مصدر الضرر نهائيا ، كغلق المحل أو المصنع • على أنه يندر فى الواقع أن يحكم القاضى بالازالة الكلية ، اذ أن تطبيق مبدأ عدم التعسف فى استعمال الحق على الحق فى طلب الازالة يمنع من اجابة المضرور الى طلب الازالة اذا كان الضرر الذى يصيب المالك من جراء اجابته الى طلبه لا يتناسب البتة مع ما يصيب المتضرر من ضرر [2] • والغالب فى هذه الحالة أن يحكم القاضى بالتعويض اذا لم يكن من الممكن تعديل الاستثمار بما يجنب الجار المضار دون ضرر فادح بصاحبه •

٧١ — ويلاحظ أن الاستثمار الذى تسبب فى الضرر قد يكون مرخصا به من جهة الادارة ، كما هو الحال فى شأن المحلات الخطرة أو المضرة بالصحة والمقلقة للراحة التى يستوجب القانون الحصول على ترخيص ادارى بتشغيلها ، فهل يمنع مثل هذا الترخيص من مسائلة صاحب الاستثمار ؟ الواقع أن هذا الترخيص قصد به التأكد من توافر الاشتراطات التى نص عليها القانون ضمانا للمصلحة العامة ولكنه لا يرفع المسئولية عما يمكن أن ينتج من ضرر الجيران عن هذا الاستثمار [3] • لذلك فقد عنيت المادة ٨٠٧ من التقنين المدنى المصرى بالنص على ان الترخيص الادارى لا يحول دون مسئولية المالك اذا ما توافرت شروط هذه المسئولية من قيام ضرر غير مألوف •

---

(١) حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ١٠٠ .

(٢) المرجع السابق ، فى الموضع السابق .

(٣) فى هذا المعنى : حسن كيرة ، بند ١٠٠ ، اسماعيل غانم بند ٦٣ ، عبد المنعم فرج الصدة بند ٥٦ .

على أنه اذا كان من المسلم به أن الترخيص الادارى بالاستثمار لا يعفى المالك من المسئولية ، فقد ذهب البعض (1) الى أن الجزاء فى هــذه الحالة هو التعويض النقدى بحيث لا يجوز للقاضى أن يحكم بازالة الاستثمار المرخص به • ويرجع ذلك الى أن الحكم الصادر بالازالة يتضمن الغــاء للقرار الادارى الصادر بالترخيص وهو ما لا يجوز للمحاكم القضــائية الحكم بـــه •

واذا كان لهذا القول ما يبرره فى ظل القانون الفرنسى والمصرى القديم حيث تقوم مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة دون نــص قانونى، فانه يمتنع الاخذ به فى ظل القانون المدنى المصرى الجديد حيث تقوم هذه المسئولية بناء على نص المادة ٨٠٧ التى عنيت بالنص على أن الجار له أن « يطلب ازالة ••• المضــار ••• ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصــة دون اســتعمال هــذا الحــق » • فهــذا النص يجــرد الترخيــص الادارى من كل أثــر على مســئولية المــالك عن مضـــار الجوار ، سواء فيما يتعلق بقيامها أو فيما يتعلق بآثارها (2) •

المطلب الثانى

حقوق الارتفاق القانونية

٧٢ ـــ يعدد المشرع اللبنانى فى قانون الملكية العقارية بعض « الاعباء العينية » التى تثقل سلطات المالك العقارى فى سبيل ضمان بعض المصالح الخاصة التى يراها جديرة بالرعاية كالاعباء الخاصة بالمرور أو بالمياه أو

---

(1) محمد على عرفة ، جـ ١ بند ١٩٦ ،
Colin et Capitant, Droit civil français, par Gulliot de la Morandière, t. I, 1947, No. 1026.

(2) فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، بند ٦٣ والمراجع المشار اليها فى هـ ٢ ص ١٣٦ ، السنهورى بند ٤٤٠ •

بالمطلات ، المناور على ملك الجار ، تحت عنوان « الارتفـــاق الطبيعى » وعنوان « الارتفاق القانونى » • كذلك يعدد المشرع المصرى مثل هـــذه الاعباء تحت عنوان « القيود القانونية التى ترد على الملكية »•

وهذه الاعباء العينية ترد على عقار فتحد من منفعته لصـــالح عقـــار آخر ، أو ترد على كل من العقارين فتحـــد من منفعة كل منهما لصـــــالح العقار الاخر على سبيل التبـــادل ، فتماثل بذلك حقـــوق الارتفـــاق فى مضمونها ، فهل تعتبر من قبيل حقوق الارتفاق بالمعنى الدقيق ؟ هـــــذا ما يأخذ به التقنين المدنى الفرنسى وقانون الملكية العقارية اللبنانى وما كان يذهب اليه التقنين المدنى المصرى القديم • فهذه التقنينات تعتبر هـــذه الاعباء من قبيل الارتفاقات وتطلق عليها الارتفاقات القانونية أو الارتفاقات الطبيعية بحسب الاحوال تميزا لها عن حقوق الارتفـــاق التى تنشأ بفعل الانسان والتى سبقت دراستها • ومع ذلك فقد آثار تكييفها جدلا كبيرا فى الفقه •

فقد ذهب البعض الى أن هذه الاعباء القانونية لا تعتبر حقوقا بالمعنى الدقيق [1] ذلك أنها تفرض بقوة القانون لصالح وعلى عاتق كل عقـــار تتوافر فيه الشروط التى جعلها القانون مناطا لقيام « العبء » ، بينمـــا حقوق الارتفاق تعتبر أعباء استثنائية تنشأ بفعل الانسان على عقار معين لصالح عقار معين آخر •

بعبارة أخرى فهذه الاعباء التى يطلق عليها القيود القانونية للملكية تمثل النطـــاق القـــانونى العـــادى للملكيـــة ، بينمـــا حقوق الارتفاق تمثل الخروج على هـــذا الوضـــع بانشـــاء الانسان وضـــعا استثنائيا خاصا بملكية معينة • فالقانون مثلا حينما يضع قيدا قانونيا يقرر

---

(١) فى هذا المعنى : حسن كيره ، الحقوق العينية الاصلية بنـــد ٦٤ ، اسماعيل غانم ، بند ٤٤ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٤٧ ، السنهورى بند ٣٩٣ . انظر أيضا :
Baudry-Lacantinerie et Chauveau, op. cit., No. 818.

بمقتضـــاه لمالك الارض المحبوســـة عن الطريق العـــام المرور فى الارض المجاورة، ، فانه يحدد بذلك الوضع العادى لمضمون كل الملكيات المجـــاورة لارض محبوسة عن الطريق العام من تحملها بمرور الجار المحبوسة أرضـــه عن هذا الطريق • أما اذا انشأ المالك حق ارتفاق بالمرور لصالح أرض مجاورة غير محبوسة عن الطريق العام ، فانه فى هذه الحـــالة يحمـــل أرضه بعبء استثنائى ما كان ليترتب بقوة القانون لولا أن قام هو بترتيبه بارادته •

والواقع أن تماثل المراكز القانونية أو اختلافها لا يتحدد بتماثل مصدرها واختلافه أو بوفرتها وندرتها فى الواقع العملى وانما يتحدد بمضمونها [1] • لذلك فنحن لا نتردد فى القول بأن الاعباء القانونية المفروضة على سلطات المالك بقوة القانون تعتبر حقوق ارتفاق بالمعنى الدقيق طالما أنها تمـــاثل فى مضمونها حقوق الارتفاق التى تنشأ بارادة الافراد ، ذلك المضمون الذى يتمثل فى تحميل عقار بعبء معين لصالح عقار آخر [2] • ولعل هذا ما يفسر كون الفقه المفكر لهذا التكييف مضطر عند عرضه لهذه الاعباء الى الكلام عن حق الشرب وحق المجرى وحق المســـيل وحق المرور •• الخ • أما كون

---

(١) قارب :
Planiol, Ripert et Picard, 2ème éd., No. 905, Marty et Raynaud, No. 144.

(٢) شفيق شحاته ، بند ٣٣٠ . قارب منصور مصطفى منصور ، بند ٤ ، حيث يعتبر ارتفاقات المياه والمرور حقوق ارتفاق حقيقية وينكر هذه الصفة على قيود المسافات «باعتبار أن كل مالك يمتنع عليه أن يفتح مطلا على أقل من المسافة القانونية دون تمييز بين مالك وآخر » ، بعكس الاولى التى قد توجد وقد لا توجد مما لا يمكن معه القول بأنها تمثل الوضع العادى لحق الملكيـــة .

وأنظر عبد المنعم البدراوى ، بند ٧٨ ، حيث يفرق أيضا بين ارتفاقات المياه والمرور فيعتبرها ارتفاقات بالمعنى الصحيح وبين قيود المســـافات فيعتبرها مجرد قيود على الملكية .

وأنظر فى نقد هذه التفرقة : اسماعيل غانم (ص ٩٧ هـ ١) ، حيث يقول « ولا يكفى أن يقال أن قيـــد المســـافة لا يعطى لغير المالك ـــ على عكس « ارتفاقات » المياه والمرور ـــ سلطة اجراء أى عمل من الاعمال على عقاره، اذ أن الارتفاق قد يكون سلبيا يقتصر الأمر فيه على منع مالك العقار المرتفق به من استعمال ملكه على نحو معين .. »

القانون هو مصدر هذه الحقوق وما يستتبعه من كونها أعباء عامة تفرض على جميع العقارات التى توجد فى وضع معين بقوة القانون ، فينحصر أثره فى تمييز هذه الحقوق ببعض الاحكام التى تختلف فيها عن حقوق الارتفاق الارادية ، دون أن يؤثر فى طبيعتها [1] •

١ — فاذا كان حق الارتفاق مصدره القانون فان وجوده لا يرتبط بقيد أو تسجيل ، اما اذا ان كان مصدره هو الاتفاق فان وجوده يرتهن بالقيد أو بالتسجيل ، اذ أن القيد أو التسجيل مرتبط بالمصدر وقاصر على الحقوق التى يكون مصدرها التصرف القانونى • وقد نص المشرع اللبنانى صراحة على هذا الفارق بقوله فى المادة ٥٨/١ من قانون الملكية العقارية أنه « شذوذا عن المبدأ المقرر بالمادة ١٠ من القرار المختص بالسجل العقارى ، تعفى من النشر والاعلان حقوق الارتفاق الناتجة عن الحقوق الطبيعية للاماكن وعن الموجبات المفروضة بالقانون » [2] •

٢ — واذا كان حق الارتفاق مصدره القانون ، فانه لا يسقط بعدم الاستعمال مهما طالت مدته ، طالما ظلت الشروط التى جعلها القانون مناطا له متوافرة فى كل من العقار المرتفق به والعقار المرتفق • أما اذا كان مصدره الاتفاق فانه يسقط، كما يقضى المشرع المصرى، بعدم الاستعمال مدة التقادم المسقط (م ١٠٢٧ / ١ مدنى) • ورغم خلو التشريع اللبنانى من نص مماثل لنص المشرع المصرى فان الارتفاق الذى يكون الاتفاق صدره يسقط فيه كذلك بعدم الاستعمال على الاقل بالنسبة للعقارات غير الممسوحة • فالاول يرتبط وجوده بتوافر شروط قيامه ، بينما الاخر

---

(١) قارب
Carbonnier, Droit civil, T. II, p. 183.

(٢) وقد قضت محكمة التمييز بحكمها الصادر فى ١٩٥٩/٣/١٢ (مجموعة باز ، ١٩٥٩ ، ص ٦٧) بأن الارتفاقات القانونية المعفاة من التسجيل هى « الارتفاقات العامة والشاملة لجميع العقارات التى تتوفر لهـا عناصر تلك الارتفاقات » . أما ارتفاق التخطيط الذى يرتبه القانون على العقار لصلحة الاملاك العامة فانه « وان كان مصدره القانون الا أنه يخضع لعاملة التسجيل على الصحيفة العينية لانه يتناول عقارات معينة دون سواها » .

يرتبط وجوده باستعماله • وعلى ذلك اذا كان لارض معينة حق المرور القانونى على أرض مجاورة لانحباسها عن الطريق العام ، فان هذا الحق يظل باقيا ما بقى الانحباس ولو لم يمارس المرور بالفعل ، أما اذا كان مصدر هذا الحق فى المرور هو الاتفاق فانه يسقط بعدم الاستعمال مدة التقادم المسقط •

كذلك اذا كان حق الارتفاق مصدره القانون فانه يسقط باختلال الشروط التى جعلها القانون مناطا لقيامه مهما طالت مدة استعماله قبل اختلال هذه الشروط • فاذا ظل صاحب العقار المخدوم يمارس السلطات التى كان يخولها هذا الارتفاق قبل سقوطه فانه يكسب ارتفاقا جديدا اذا استمرت ممارسته لهذه السلطات مدة التقادم المكسب ، وذلك بالنسبة للارتفاقات غير الظاهرة فى القانون المصرى (م ٢/١٠١٦) والعقارات غير الممسوحة فى القانون اللبنانى • ولكن هذا الارتفاق الجديد لا يعتبر ارتفاقا قانونيا ، وانما يخضع لاحكام الارتفاق الاتفاقى ، فيمكن سقوطه هو الاخر اذا امتنع صاحب العقار المخدوم عن استعماله من بعد اكتسابه مدة التقادم المسقط • فاذا وجدت أرض منحبسة عن الطريق العام كان لها حق المرور القانونى على الارض المجاورة للوصول الى الطريق العام ، ولكن اذا زال هذا الانحباس بفتح طريق عام على حافة الارض المنحبسة من الناحية الاخرى زال حق المرور القانونى ، فاذا ما استمر صاحب الارض التى كانت منحبسة يمارس المرور فى الارض التى كان يمارس فيها حقه القانونى فى المرور مدة التقادم المكسب بعد زوال حقه اكتسب ارتفاقا جديدابالتقادم ، ويكون هذا الارتفاق الجديد بالمرور قابلا للسقوط بعدم الاستعمال •

٣ ــ واذا تصرف مالك فى عقاره ثم تبين المتصرف اليه بعد ذلك وجود ارتفاق على هذا العقار ، فان كان هذا الارتفاق مصدره القانون فان المتصرف لا يكون ضامنا لوجوده ، لان مناط وجود هذا الارتفاق هو توافر شروط معينة فى كل من العقار الخادم والعقار المخدوم يفترض فى المتصرف اليه العلم بها • أما اذا كان هذا الارتفاق قد اكتسب بالاتفاق أو التقادم فان المتصرف يكون ضامنا لان وجود مثل هذا الارتفاق الاخير يعتبر وضعا

استثنائيا لا يتوافر بالضرورة فى ظروف العقار المتصرف فيه • فاذا ضمن البائع مثلا خلو المبيع من حق ارتفاق المطل فانه يضمن للمشترى خلو المبيع من حق ارتفاق للمطل فرضه الاتفاق أو كسب بالتقادم وهو أن يكون للجار حق فتح مطل على أقل من المسافة القانونية ، ولكنه لا يضمن خلو المبيع من حق المطل القانونى بفتح الجار مطلا على المسافة التى يحددها القانون •

أما فيما عدا هذه الفروق التى ترجع الى اختلاف المصدر فيجب أن يسرى على حق الارتفاق القانونى أحكام الارتفاق الاتفاقى فيما لم يرد بشأنه نص • فيمكن مثلا أن ينطبق عليها الحكم الخاص بسقوط حقوق الارتفاق اذا تخلى مالك العقار المرتفق به عن عقاره [1] •

وحقوق الارتفاق القانونية منها ما هو ايجابى يخول لمالك العقار المخدوم أن يمارس عملا معينا على العقار الخادم كحق المرور ، ومنها ما هو سلبى يقتصر على تخويل هذا المالك سلطة اقتضاء امتناع كالامتناع عن البناء على مسافة معينة •

١ — الارتفاقات القانونية الايجابية

٧٣ — الاصل أن مالك مورد خاص للمياه أو مصرف لها يكون له أن يستأثر بالانتفاع به وأن يمنع غيره من استعماله فيما تحتاجه أرضه من رى أو صرف ، وأن مالك الارض له أن يستأثر بالانتفاع بها وأن يمنع غيره من استعمالها فى اجراء مياه ريه أو صرفه أو فى المرور خلالها الى الطريق العام• غير أن تقرير هذا الاصل من شأنه أن يهدد بالموات بعض الاراضى التى لا تجد كفايتها من الماء لبعدها عن مورده أو لا تجد مخرجا لصرف المياه الزائدة عن حاجتها لبعدها عن مصبه ، كما قد يؤدى الى استحالة أو عرقلة استعمال أو استثمار بعض الاراضى لانحباسها عن الطريق انحباسا كليا أو جزئيا • لذلك فقد خرج كل من المشرع اللبنانى والمشرع المصرى على

---

(١) هذا وقد عاد مشروع التقنين المدنى المصرى الجديد الى اعتبار القيود القانونية على الملكية من قبيل حقوق الارتفاق ، فأضاف كلمة القانون الى المادة التى تتكلم عن طرق اكتساب الارتفاق ، كما عالج هذه القيود فى المكان المخصص لحقوق الارتفاق .

Baudry-Lacantinerie et Chauveau, op. cit., No. 818.

هذا الاصل وقررا لمثل هذه الاراضى حقوقا فى الرى والصرف والمرور [1] .
وسوف نعرض أولا لحق المرور على اعتبار أنه يقدم لنا أساسا يمكن على ضوئه تفهم الحقوق الاخرى فى الرى والصرف .

(ا) حق المرور القانونى

٧٤ — تنص المادة ٧٤ من قانون الملكية العقارية اللبنانى على أنه «لصاحب العقار المحاط من كل جانب والذى لا منفذ له الى الطريق العمومية أن يطلب ممرا فى الاراضى المجاورة مقابل دفعه تعويضا بنسبة الضرر الذى قد يسببه ، ويعطى نفس الحق صاحب العقار الذى ليس له الا منفذا غير كاف لاستثماره استثمارا زراعيا أو صناعيا » ، وتنص المادة ١/٨١٢ من التقنين المدنى المصرى على أن « مالك الارض المحبوسة عن الطريق العام أو التى لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف اذا كان لا يتيسر له الوصول الى ذلك الطريق الا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة ، له حق المرور فى الاراضى المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف ، ما دامت هذه الارض محبوسة عن الطريق العام ، وذلك فى نظير تعويض عادل . ولا يستعمل هذا الحق الا فى العقار الذى يكون فيه المرور أخف ضررا وفى موضع منه يتحقق فيه ذلك » . فهذان النصان يحددان شروط توافر الحق القانونى فى المرور ويعينان المكان الذى يمارس فيه هذا الحق ويعينان العوض عن ذلك .

الانحباس عن الطريق العام مناط الحق فى المرور :

٧٥ — يثبت الحق القانونى فى المرور لكل أرض محبوسة أيا كان وجه استثمارها ، سواء كانت أرض بناء أو أرضا زراعية أو أرضا معدة للاستثمار الصناعى [2] .

---

(١) راجع فى هذا الصدد رسالة الدكتور جلال العدوى « الاجبار القانونى على المعاوضة » ، بند ٢٧٥ وما بعدها .

(٢) نقض مدنى ١٩٤٢/١/٢٩ ، مجموعة عمر ، رقم ١٤٠ ، ص ٤١١ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٣٢ ، حسن كيره ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية ، ص ١٠٩ .

وقد قرر القانون حق المرور لتمكين الارض من الطريق العام ، ومن ثم فهو يثبت فى حالة الانحباس عن الطريق العام • وقد كان المقصود بالانحبــاس فى القانون الفرنسى والمصرى القديم هو الانحباس التام • غير أن أخــذ الانحباس بهذا المفهوم الضيق قد تكشف عن قصور فى تلبية احتيــاجات العمل • ذلك أنه كثيرا ما تكون الارض متصلة بالطريق العام ويكون هــذا الاتصال غير كاف بالنظر لما أعدت له من استعمال • لذلك فقد تدخل المشرع الفرنسى بقانون ٢٠ أغسطس سنة ١٨٨١ لاثبات حق المرور فى حالة اتصال الارض بالطريق العام اتصالا لا يفى باحتياجاتها ، وسايره المشر اللبنانى فى هذا التعديل فنص فى المادة ٧٤ من قانون الملكية العقارية على أن « لصاحب العقار المحاط من كل جانب والذى لا منفذ له الى الطريق العمومية أن يطلب ممرا فى الاراضى المجاورة •• ويعطى نفس الحق صاحب العقار الذى ليس له الا منفذ غير كاف لاستثماره استثمارا زراعيا أو صناعيا » ، وجاء القانون المدنى المصرى الجديد فأثبت حق المرور للارض التى لا يصلها بالطريق العام ممر كاف « اذا كان لا يتيسر •• الوصول الى ذلك الطــريق الا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة » •

فالارض التى يصلها بالطريق العام ممر غير كاف تعتبر محبوسة • ويعتبر الممر غير كاف على نحو ما يوضحه النص المصرى اذا كان لا يتيسر الوصول الى الطريق العام الا بنفقات باهظة أو مشقة كبيرة • ومثال الحالة الاولى أن يكون فى الامكان انشاء ممر فى ذات الارض المراد اثبات حق المرور لها آو توسيع ممر قائم ليفى باحتياجاتها ولكن هذا الانشاء أو التوسيع يحتاج لنفقات لا تتناسب مع قيمة هذه الارض أو أهمية استثمارها • ومثال الحالة الاخرى أن يكون هناك ممر شديد الانحدار يصل الارض بالطريق العــام ولكن استثمارها يحتاج لمرور الخيل والدواب محملة مثلا ، مما يعرضــها للخطــر •

غير أنه يبدو من النص اللبنانى أن حق المرور لا يثبت للارض المحبوسة انحباسا جزئيا الا اذا كانت هذه الارض المحبوسة معدة للاستثمار الزراعى أو الصناعى دون غيره وكان الممر الذى يصلها بالطريق العام غير كاف بالنظر الى هذا الاستثمار وحدة ، اذ أن هذا النص يجرى على اثبات حق المرور

لصاحب العقار « الذى ليس له الا منفذ غير كاف لاستثماره استثمارا زراعيا أو صناعيا » • ومثل هذا القيد لم يجر عليه النص المصرى • ومع ذلك فنعتقد أن المشرع اللبنانى لم يرد بهذا النص وضع قيد على ثبـوت حق المرور للارض التى لا يصلها بالطريق ممر كاف بقدر ما قصد ايضاح معنى عدم كفاية الممر بالاشارة الى أنها تعنى الحالة التى يكون للارض فيهـا ممـر ولكن هذا الممر غير كاف بالنظر للاستثمار المعدة له الارض كما لو كانت الارض معدة للاستثمار الزراعى أو الصناعى • فذكر الاستثمار الزراعى والصناعى فى النص لم يرد به اذا سوى التمثيل للاستثمار الذى تعـد له الارض والذى يجعل الممر الذى يصلها بالطريق العام غير كاف بالنظر الى متطلبـاته •

وتقدير كفاية الممر مسألة موضوعية يفصل فيها القاضى على ضوء الانتفاع المخصصة له الارض • فالممر الذى يتسع لعبور المشاة قد يكون كافيـا لتلبية احتياجات أرض مبنية ولكنه لا يكفى لتلبية احتياجات أرض معـدة للزراعة • والممر الذى يتسع لمرور الدواب قد يكون كافيا لتلبية احتياجات أرض معدة للزراعة ولكنه لا يكفى لتلبية احتياجات أرض مقام عليها مصنع يحتاج لمرور عربات النقل • وما دامت كفاية الممر مرتبطة بوجه الانتفـاع المخصصة له الارض فان حق المرور يتبع تغير هذا الانتفاع وجودا وعدما • فقد يكون الممر كافيا بالنظر الى الانتفاع المعدة له الارض ولكنه يصبح غير كاف بالنظر الى الانتفاع الجديد أو العكس ، فيتوافر الانحباس أو ينعدم وينشأ بذلك حق المرور أو ينتفى •

ومن الواضح أن الانحباس بالمعنى المتقدم ينتفى اذا كان لمالك الارض البعيدة عن الطريق العـام حق ارتفاق اتفاقى بالمرور الى هذا الطـريق أو بصفة عامة حق ارتفاق من ذلك النوع الذى يحدثه الانسان ، وكان هذا الارتفاق كافيا بحسب الاستعمال المخصصة له الارض • ويلاحظ أن الارتفاق الاتفاقى كما ينشأ بتصرف قانونى مستقل أو بشرط يرد فى تصرف قانونى كبيع أو قسمة أو مقايضة ، فانه قد ينشأ بقوة القانون استنادا الى مثـل

---

(١) حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ١٠٩ .

هذا التصرف باعتباره من مستلزماته • فالمادة ٢٢١ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى تقضى بأن العقود المنشأة على الوجه القانونى تلزم المتعاقدين ويجب أن تفهم وتفسر وتنفذ وفاقا لحسن النية والانصاف والعرف • والمادة ٢/١٤٨ من التقنين المدنى المصرى تقضى بأن العقد — أو التصرف القانونى عموما — لا يقتصر على الزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته ، وفقا للقانون والعدالة بحسب طبيعة الالتزام •

ويقيس الفقه الغالب على الحالة السابقة حالة تمتع مالك الارض المحبوسة بالمرور فى أرض أحد جيرانه بناء على تسامح من هذا الجار ، فيرفضون الاعتراف له بحق المرور القانونى [1] ولكنا نرى مع البعض أن لمالك الارض المحبوسة الحق فى المرور القانونى فى هذه الحالة ، باعتبار أن مروره فى أرض جاره على سبيل التسامح لا يثبت له حقا فى المرور يحميه القانون ، بعكس حالة مروره بناء على حق ارتفاق اتفاقى [2] •

واذا كان المشرع لم يضف أى شرط للانحباس فالمسلم به فقها اشتراط ألا يكون الانحباس ناشئا عن فعل المالك ، سواء كان هذا الفعل اراديا فى رأى البعض ، أو أى فعل فى رأى البعض الاخر • فاذا كان للارض ممر يصلها بالطريق العام فشغله صاحبها بالبناء أو كان لها ارتفاق اتفاقى بالمرور فتنازل عنه صاحبها أو تركه يسقط بالتقادم ، فلا يكون لهذه الارض حق قانونى فى المرور بالاراضى المجاورة [3] •

---

(١) محمد كامل مرسى ، جـ ١ ، بند ٣٢٣ ، شفيق شحاته بند ٣٦٠ ، عبد المنعم البدراوى ، بند ٣٣٨ ، اسماعيل غانم ، بند ٥٥ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٧٠ .

(٢) حسن كيره ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ٧٢ ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية ، ص ١١١ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٣٢ ، السنهورى بند ٤٩٦ •

Baudry-Lacantinerie et Chauveau, No. 1047.

(٣) شفيق شحاته ، بند ٣٦٠ ، عبد المنعم البدراوى بند ٣٣٨ ، اسماعيل غانم ، بند ٥٥ ، حسن كيره ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ٧٢ ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية ، ص ١١١ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٧٢ ، السنهورى بند ٤٦٦ .

=

وينتقد البعض بحق اطلاق هذا القول • ذلك أنه من المسلم أن الانحباس الذى يثبت حق المرور القانونى قد يكون نتيجة تغيير الاستعمال المخصصة له الارض والاستعمال يحدث بفعل المالك • فيجب التمييز فى أفعال المالك المؤدية للانحباس بين ما يؤدى منها الى حرمانه من المرور وما لا يؤدى الى ذلك • فليس من المعقول التسوية بين من يحبس أرضه عن الطريق العــام بطريق يقيمه عليها ومن يغير فى استثمار أرضه بما يؤدى الى عدم كفاية الارتفاق الاتفاقى المقرر له • ويرى هــذا البعض أن يكون التمييز على أساس ما اذا كان الفعل الذى أدى الى الانحباس قد اقتضاه الاســتثمار المعقول للارض أم لا (١) • فاذا تبين أن التنازل عن الارتفاق أو عــدم استعماله بما يؤدى الى سقوطه كان بسبب تغيير المالك لطريقة اســتثمار الارض ، فلا يحرم من حق المرور القــانونى • أما اذا كان التنــازل عن الارتفاق أو عدم استعماله مما لا يقتضيه الاستثمار الجديد المعقول للارض فلا يجوز المطالبة بالمرور القانونى •

ورغم عدم وجود مثل هذا النص فى القانون اللبنانى فيجب مع ذلك العمل بمقتضاه فى لبنان أخذا بحكم المنطق وما يقضى به من زوال الاثر بزواج اسبابه (٢) • وتطبيقا للاحكام العامة فى شأن الارتفاقات القانونية (٣) •

٧٦ — وحق المرور يثبت بمجرد توافر الانحباس • فمتى توافر الانحباس قام الحق ، ولا يؤثر فى قيامه سكوت صاحبه عن المطالبة به أو قعوده عن استعماله مهما طالت مدة هذا السكوت أو عدم الاستعمال ، على نحو ما رأيناه بصدد بيان طبيعة حقوق الارتفاق القانونية •

= ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت باعطاء حق المرور للمالك الذى كان له حق ارتفاق بالمرور وســقط هذا الحق بعدم الاســتعمال ، حكم دائرة العرائض فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مشار اليه فى :

(Beudant-Lerebours Pigeonnière et Voirin), No. 534.

(١) منصور مصطفى منصور ، بند ٣٢ . وقارب أيضا :

(Beudant-Lerebours Pigeonnière et Voirin), No. 534.

(٢) فى هذا المعنى : حسن كيره ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية ، ص ١١٥ .

(٣) أنظر ما سبق ، بند ٧٢ .

كذلك يزول حق المرور بزوال الانحباس • وقد نصت المادة ١/٨١٢ من التقنين المدنى المصرى على ذلك بقولها أن حق المرور يتقرر للارض المحبوسة « ما دامت هذه الارض محبوسة عن الطريق العام » • فاذا فتح طـريق عام مثلا على حدود الارض التى كانت محبوسة أو تملك صاحبها أرضـا ملاصقة لها تكون متصلة مباشرة بالطريق العـام ، زال الحق القـانونى فى المرور •

وحق المرور القانونى يزول بزوال الانحباس مهما طالت ممارسته ، فلا يمكن اكتسابه بالتقادم على نحو ما رأينا (١) • ويستوى فى ذلك أن يكون زوال الانحباس قبل المطالبة بالمر وتعيينه فى أرض الجار أو بعد تعيينـه واستعماله فعلا ، على أن يكون لصاحب الارض فى الحالة الاخيرة أن يسترد من التعويض الذى يكون قد دفعه لمالك الارض التى تعين فيها المر قدرا من التعويض يتناسب مع ما تفاداه من ضرر نتيجة زوال حق المرور ، اذ الفرض أن التعويض قد روعى فيه عبء قدر دوامه •

نطاق المرور : تعيين المر وطريقة المرور :

٧٧ — يثبت الحق فى المطالبة بالمرور القانونى لمالك الارض المحبوسـة عن الطريق العام ، ويثبت هذا الحق أيضا لمن يكون له حق عينى على العقار المحبوس يخول له استعماله أو استثماره ، كالمنتفع والمحتكر وصاحب حق الاستعمال أو السكنى ، رغم أن نص المادة ٧٤ لبنانى والمادة ٨١٢ مصرى قد يشعر بأن الحق قاصر على مالك الارض المحبوسة ملكية تامة • ذلك أن هذه الحقوق العينية تثبت لصاحبها سلطة مباشرة على الشىء تخـول له استعماله أو استثماره ، فيكون له المطالبة بما للمالك من مكنات تيسر هـذا الاستعمال أو الاستثمار دون حاجة لوساطة • وبالعكس لا يثبت هـذا الحق لاصحاب الحقوق الشخصية ، كالمستأجر العادى • فهؤلاء ليس لهم

---

(١) فى هذا المعنى : السنهورى ، بند ٤٦٧ .

سلطة مباشرة فى استعمال الشيء أو استثماره ، ومن ثم وجب عليهم الالتجاء الى المالك للحصول على مثل هذه المكنة [1] .

واذا كان مناط الحق فى المرور هو الانحباس على المعنى السابق ، فانه يلزم تحديد نطاقه ، من حيث الممر الذى يكون عليه المرور وطريقة هذا المرور . وتحديد نطاق المرور يكون باتفاق الطرفين . فاذا لم يمكن الوصول الى اتفاق ، كان تحديده عن طريق القضاء . وقد وضعت المادة ٧٥ من قانون الملكية العقارية اللبنانى والمادة ٨١٢ من التقنين المدنى المصرى عدة قواعد يستهدى بها القاضى فى تعيين هذا النطاق . وهاتان المادتان لا تخصصان نوعا معينا من الاراضى لممارسة المرور فيه ، فيمكن أن يمارس فى كل ما يجاور الارض المحبوسة من أراضى متصلة بالطريق العام ، سواء أكانت أرض بناء أو أرضا فضاء أو أرضا معدة للاستثمار الصناعى ، حتى ولو كانت مسورة ، ما دام من الممكن فتح باب السور لتمكين صاحب المرور من ممارسة حقه ، وسواء أكانت هذه الارض ملكا خاصا أم ملكا عاما ، ما دام المرور فى هذه الاخيرة لا يتعارض مع تخصيصها للمنفعة العامة . وليس أدل على ذلك من أن حق المرور الاتفاقى يجوز أن يترتب على العقارات العامة على نحو ما تقضى به صراحة المادة ١٠١٥ من التقنين المصرى بنفس القيد [2] .

واذا كان المرور يمكن أن يكون على أى نوع من أنواع الاراضى المجاورة للارض المحبوسة ، فقد حرص المشرع اللبنانى والمشرع المصرى على

---

(١) محمد كامل مرسى ، ج ١ ، بند ٣٢٨ ، شفيق شحاته ، بند ٣٦٢ ، محمد على عرفة، بند ٢٢٨ ، عبد المنعم البدراوى ، بند ٣٣٦ ، اسماعيل غانم بند ٥٧ ، حسن كيرة بند ٧١ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٧٥ ، السنهورى بند ٤٦٦ ، زهدى يكن ، و ٢ ، بند ٢٥٥ .
وأنظر أيضا :
Marty et Raynaud, No. 291.

(٢) السنهورى ، بند ٤٦٩ . وأنظر أيضا فى هذا المعنى
Marty et Raynaud, No. 29.
وهذا هو راى محكمة النقض الفرنسية
(Req. 11/11/1867, s. 1868, 1, 30).
ولكن مجلس الدولة الفرنسى لا يقر هذا الراى (أنظر الاحكام المشار اليها فى
(Marty et Raynaud, p. 30 note 7)

ألا ينجم عنه الا أقل ضرر ممكن لهذه الاراضى • وفى هذا الصدد نجد بعض الخلاف بين القانون اللبنانى والقانون المصرى • فبينما تقضى المادة ١/٧٥ من قانون الملكية العقارية اللبنانى بأنه « يجب أن يؤخذ الممر فى الجهة التى تكون فيها مسافة الارض المحاطة الى الطريق العمومية أقصر ما يمكن » و « أنه يجب أن يعين الممر فى النقطة التى يسبب فتحة فيها أقل ضرر لصاحب الارض الذى يكون منحة » ، نجد المادة ٨١٢ من القانون المدنى المصرى تقضى بأن « لا يستعمل الحق فى المرور الا فى العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضررا وفى موضع منه يتحقق فيه ذلك » • ومقتضى هذا الفارق أن المرور يجب أن يكون فى القانون اللبنانى على الارض الاقرب الى الطريق العام ، ولو كانت هذه الارض تتحمل نتيجة لذلك بضرر أكبر من الضرر الذى قد تتحمله أرض أخرى أبعد عن الطريق العام لو تم المرور فيها ، بينما القاعدة فى القانون المصرى أن يكون المرور على الارض التى يكون المرور فيها أقل ضررا ولو كانت هذه الارض أبعد عن الطريق العام عن أرض أخرى مجاورة تكون أقرب الى الطريق العام لكن المرور فيها يكون أكبر ضررا • وواضح أن حكم القانون المصرى أفضل فى هذا الشأن • ولكن اذا تعينت الارض التى تكون محلا للمرور على هذا النحو ،فيجب أن يكون موضع الممر فيها سواء فى التشريع اللبنانى أو فى التشريع المصرى — هو الموضع الذى يكون أخف ضررا لصاحبها ، دون أن يكون من اللازم أن يكون من شأنه بالضرورة جعل الممر أقصر ، اذا كانت نتيجة ذلك زيادة الاضرار بالارض المحملة بالمرور [1] •

على أن المشرع اللبنانى والمشرع المصرى يستثنيان من القاعدة السالفة حالة ما اذا كان الانحباس ناشئا عن تجزئة العقار بناء على تصرف قانونى

---

(١) وقد قضت محكمة التمييز بأن المادة ٧٥ من قانون الملكية العقارية وان كانت أوجبت أخذ الممر فى الجهة التى تكون مسافته من الارض أقصر ، الا انها أوجبت من جهة ثانية أن يعين الممر فى النقطة التى يسبب فتحة فيها أقل ضرر لصاحب العقار الذى يفتح فى رض ، بمعنى أن هذان الشرطان أساسيان ويجب أن يتوافرا معا دون تفضيل لاحدهما على الآخر . فاذا قالت محكمة الاستئناف بأن أحد الممرات المقترحة من الخبير وان يكن أطول من الممرين الآخرين الا انه أقل ضرر منهما ، فلا تكون قد فسرت المادة ٧٥ تفسيرا خاطئا (تمييز ١٩٦٣/٢/٢٢ ، المحامى ، ١٩٦٣ ، ص ١٥٨) .

فيفرضان أن يكون المرور فى هذه الحالة فى أجزاء هذا العقار ، طالما كان من الممكن ايجاد ممر كاف فيها . فقد نصت المادة ٧٦ من قانون الملكية العقارية اللبنانى على أنه « اذا أصبحت الارض محاطة من كل جانب بسبب تجزئتها أثر بيع أو مبادلة أو قسمة أو أى عقد كان ، فلا يجوز طلب ممر الا فى الاراضى التى تكون هذه المعاملات قد جرت عليها . بيد أنه اذا تعذر فتح ممر كاف فى الاراضى المقسومة، تطبق عندئذ المادة ٧٤» ونصت المادة ٢/٨١٢ من التقنين المدنى المصرى على أنه « اذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئا عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانونى ، وكان من المستطاع ايجاد ممر كاف فى أجزاء هذا العقار ، فلا تجوز المطالبة بحق المرور الا فى هذه الاجزاء » . والمقصود بذلك بالطبع الحالة التى لا ينص فيها التصرف القانونى على انشاء ارتفاق بالمرور لصالح الجزء المحبوس على عاتق الاجزاء المتصلة بالطريق العام ، ولا يمكن استخلاص التزام بانشاء مثل هذا الارتفاق من الارادة الضمنية لاطراف التصرف أو من قواعد الضمان الخاصة بهذا التصرف أو من القواعد العامة فى تحديد ما يشمله التصرف طبقا للمادة ٢٢١ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى والمادة ٢/١٤٨ من القانون المدنى المصرى [1] .

---

(١) أما اذا أمكن استخلاص مثل هذا الارتفاق فلا يكون هناك انحباس يرتب الحق القانونى فى المرور ، ويخضع هذا الارتفاق لاحكام الارتفاق الاتفاقى دون حق المرور المنصوص عليه فى المادة ٧٤ لبنانى و ١/٨١٢ مصرى . وعلى ذلك فهو يثبت بدون مقابل جديد ، لان المفروض أن مقابل المرور قد دخل فى اعتبار أطراف التصرف عند ابرامه ، ولا ينتقل الالتزام بانشاء الارتفاق الى الخلف الخاص الا اذا كان عالما بوجوده وقت انتقال الملكية اليه وفقا للقواعد العامة فى انتقال الالتزامات الى الخلف الخاص (فاذا لم ينتقل الى الخلف الخاص طبقا لهذه القواعد تحقق الانحباس من جديد وأمكن المطالبة بالمرور القانونى بمقابل طبقا للمادة ٧٤ لبنانى و ١/٨١٢ مصرى) ، ويسقط بعدم الاستعمال مدة التقادم . ولكن حق الارتفاق ذاته أو الالتزام بانشائه يزول اذا أصبح الجزء المستفيد منه متصلا بالطريق العام أو يبقى ، بحسب ما يتضح من تفسير التصرف القانونى ومعرفة ما اذا كان انشاء الارتفاق معلقا على شرط الغاء (شرط فاسخ) هو زوال الانحباس عن الطريق العام أو غير معلق على ذلك .

وواضح أن العدالة تقضى فى هذه الحالة بتحميل الجزء المتصل بالطريق العام من العقار الذى تمت تجزئته بالمرور القانونى دون العقارات الاخرى المجاورة للجزء المحبوس ، ولو كان المرور فى هذا الجزء أبعد عن الطريق العام أو أكثر عبئا وأشد ضررا ، لان الانحباس قد نشأ عن عمل طرفى التصرف. ولكن يراعى أن النص اللبنانى — فى ظاهره — يقصر هذا الحكم على حالة ترتب الانحباس الكلى أو « الاحاطة من كل جانب » على التجزئة، بينما النص المصرى عام يشمل الانحباس الكلى والانحباس الجزئى على السواء ، فهل معنى ذلك أنه اذا ترتب على تجزئة العقار بناء على تصرف قانونى انحباس أحد أجزائه انحباسا جزئيا أن المرور يمكن تقريره فى هذه الحالة على العقارات المجاورة اذا كانت أقرب الى الطريق العام تطبيقا للقاعدة العامة فى تعيين مكان المرور دون القاعدة الاستثنائية التى تنص عليها المادة ٧٦ من القانون ؟ الواقع أنه ليس من السهل تصور تحقق الانحباس الجزئى فى هذه الحالة . فاما أن يترتب على التجزئة الانحباس الكامل واما أن يقرر أطراف التصرف صراحة أو ضمنا للجزء البعيد عن الطريق العام ارتفاقا بالمرور . وفى هذه الحالة الاخيرة سوف يكون المرور الاتفاقى كافيا بحسب الغرض المخصص له الجزء البعيد عن الطريق العام ، فاذا تغير هذا الغرض من بعد بحيث أصبح الممر المقرر غير كاف أصبح له حق قانونى فى المرور يتحدد موضعه وفقا للقاعدة العامة فى المادة ٧٥ .

أما اذا لم يكن من المستطاع ايجاد ممر كاف للجزء المحبوس فى أجزاء العقار الاخرى فتسترد القاعدة العامة فى تحديد الممر سلطانها ، ويكون تعيين الممر فى العقار الذى يكون أقرب الى الطريق العام أو العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضررا من العقارات المجاورة [1]. وكل من المشرع اللبنانى

---

(١) هذا الرأى الذى نقول به فى تفسير المادة ٧٦ من القانون اللبنانى والمادة ٢/٨١٢ من القانون المصرى يخالف المسلم فى الفقه ، سواء فى فرنسا أو فى لبنان ومصر . ففى فرنسا كان القضاء يعتبر المرور فى حالة الانحباس الناشىء عن تجزئة العقار مرورا اتفاقيا ، فلما تقرر الحكم المقابل للنص اللبنانى والنص المصرى — قانون ٢ أغسطس سنة ١٨٨١ — قيل أن المشرع قد جعل المرور فى حالة الانحباس المترتب على تجزئة العقار بتصرف قانونى مرورا =

والمشرع المصرى صريح فى ذلك، اذ تقضى المادة ٧٦ من قانون الملكية العقارية اللبنانى بأنه « .. اذا تعذر فتح ممر كاف فى الاراضى المقسومة ، تطبق عندئذ المادة ٧٤، وتقضى المادة ٨١٢/٢ من التقنين المدنى المصرى بأن المرور فى الارض التى تمت تجزئتها مشروط بأن يكون من المستطاع ايجاد ممر كاف فى أجزاء هذا العقار » .

كذلك عنيت المــادة ٨١٢ من التقنين المدنى المصرى بتحديد المرور بنصها على أنه يكون « بالقدر اللازم لاستغلال (الارض المحبوسة) واستعمالها على الوجه المألوف » ورغم عدم وجود نص مماثل فى التشريع اللبنانى

= قانونيا بعد أن كان اتفاقيا (Baudry-Lacantinerie) (et Chauveau, 1056) ولكن اغلبية القضاء والفقه لا زالت على أن المصدر المباشر لحق المرور هو التصرف القانونى (Beudant, Lerebours Pigeonnière et Voirin, Les biens, No. 540; Marty et Raynaud, No. 291).

وهذا هو الرأى الذى يقف عنده الفقه المصرى كذلك .

على أن هذا الفقه قد اختلف فى كيفية استنباط حق المرور الاتفاقى من التصرف القانونى . فالبعض يسنده الى الالتزام بالضــمان المترتب على التصرف أو الى الالتزام بتسليم المبيع وملحقاته اذا ما كان التصرف بيعــا (فى هذا المعنى : محمد على عرفة ، بند ١٣٦ ، عبد المنعم البدراوى ، بند ٣٤٣) . ولكن هذا الاساس أن استقام فى حالة أو اكثر فهو لا يستقيم فى الاحوال الاخرى . فاذا كان التصرف بيعا مثلا باع به المالك الجزء المتصل بالطريق العام واحتفظ لنفسه بالجزء المحبوس ، أو كان المــالك قد باع الجزئين لمشتريين مختلفين فلا يمكن القول بأن مشترى الجزء المتصل بالطريق العــام يلتزم نحو البائع أو المشترى الآخر بالضمان أو التسليم (فى هــذا المعنى ، منصور محمد منصور ، بند ٣٥) .

وذهب البعض الاخــر الى اسناد الحق الاتفاقى فى المرور الى الارادة الضمنية أو المفترضة للمتصرف (حسن كيره ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ٧ ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية ، ص ١١٢ ، محمد كامل مرسى ، جـ ١ ، بند ٣٣٧) . ولكن الواقع أنه لا يجب الالتجاء الى الارادة الضمنية الا اذا أمكن بالفعل استخلاص ارادة حقيقية وهو مالا يتوافر بالطبع فى جميع الاحوال ، أما الارادة المفترضة فهى ارادة القانون .

وذهب البعض الآخر الى الاستناد الى نص المادة ٢/١٤٨ من التقنــين المدنى المصرى التى تقضى بأنه « ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه . ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته ، وفقا للقانون والعــرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام » . فالتصرف الذى أدى الى تجزئة العقار =

فلا شك أن هذا الحكم يجب الاخذ به كذلك فى هذا التشريع باعتباره حكما منطقيا لا حاجة لتقريره فى نص صريح . فالمرور يكون اذا بالقـــدر اللازم للاستثمار المعدة له الارض المحبوسة سواء فى القانون المصرى أو اللبنانى. ويستوى بعد ذلك أن يكون هذا المرور على سطح الارض ، أو فى باطنها عن طريق انشاء نفق أو مد أنابيب للمياه والغاز ، أو فى الفضاء الذى يعلوها بمد أسلاك تمر عليها القاطرات ا للازمة لاستثمار محجر قائم فى أحد الجبال مثـــلا .

فاذا تعين المر بالاتفاق أو بحكم القاضى على النحو السابق ، ولـــم يستعمله مالك الارض المحبوسة مدة التقادم المسقط بعد دفع التعويض اللازم

= يولد التزاما على عاتق صاحب الجزء المتصل بالطريق العام بانشاء حق ارتفاق بالمرور للجزء المحبوس ولو لم يرد فيه شرط صريح أو ضمنى ، باعتباره من مستلزماته (اسماعيل غانم ، بند ٥٩ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بنـــد ٧٩ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٣٥) . ولكن هذا الراى لا يسلم هو الاخر من النقد الذى يوجه الى الاراء الاخرى . فهو اذا كان يستقيم فى كثير من الحالات ، الا انه لا يستقيم فى حالات أخرى ، وعلى الاخص اذا ما نص صراحة فى التصرف القانونى الذى ترتبت عليه تجزئة العقار على أنه ليس للجزء المحبوس عن الطريق العام المرور فى الاجزاء الاخرى ، اذ كيف ينص التصرف على حرمان صاحب الجزء المحبوس ويمكن مع ذلك اسناد الحق فى المرور الى هذا التصرف ؟ ان المادة ٢/١٤٨ لا تنطبق بداهة الا عند عدم وجود شرط فى التصرف القانونى .

والواقع انه لا مناص من التسليم بأن الحق فى المرور فى حالة الانحباس المترتب على تجـــزئة العقار هو مرور قانونى طبقا للمادة ٧٤ لبنــــانى و ١/٨١٢ مصرى ، ويأخذ كل أحكام هذا المرور دون المرور الاتفاقى ، وأن المادتين المذكورتين تقتصران على مجرد التعديل فى أحكام المـــادة ٧٦ لبنانى و ٢/٨١٢ مصرى فيما يتعلق بتحديد الاماكن التى يتم فيها المرور . وهذا بعد ما توحى به المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدنى المصرى ، فقد جاء فى هذه المذكرة تعليقا على النص المقابل للمادة ٨١٢ « قرر المشرع أيضا تقييدا عادلا لحق المرور يقضى بأنه اذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئا عن تجزئة عقار .. »

سقط حقه فى هذا التعويض ، وتعين عليه ان أراد ممارسة حقه فى المرور القانونى طلب تعيين ممر جديد مقابل تعويض جديد [1] .

٧٨ — واذا كان نطاق حق المرور القانونى يتحدد ، على النحو السابق اتفاقا أو قضاء ، الا أنه قد يتحدد عن طريق الحيازة . فقد لا ينتظر مالك الارض المحبوسة هذا الاتفاق أو القضاء ويقوم مباشرة بالمرور فى أرض مجاورة . فى هذه الحالة يكون لمالك هذه الارض الاخيرة أن يطلب الى القضاء نقل المرور الى أرض أخرى من الاراضى المجاورة ان كان المرور فيها أقصر طريق الى الطريق العام فى القانون اللبنانى أو أخف ضررا فى القانون المصرى ، وأن يطلب تعيين موضع آخر للمرور فىأرضه يكون أخف ضررا من الموضع الذى اختاره مالك الارض المحبوسة فى كلا القانونين، وأن يطلب قصر المرور على ما يلزم لاستعمال الارض المحبوسة واستثمارها على الوجه المألوف ان كان المرور الذى يمارسه مالك الارض المحبوسة يجاوز هذا الحد فى كلا القانونين كذلك . فان سكت عن المطالبة بما يكون له من ذلك واستمر مالك الارض المحبوسة يستعمل حقه فى المكان الذى اختاره وبالطريقة التى اعتادها مدة التقادم ، ثبت حقه فى المرور فى الموضع الذى اختاره وبالطريقة التى مارسه بها باجماع الفقه [2] ، وان ثار الخلاف بعد ذلك على تبرير هذا الحكم .

ومرجع هذا الخلاف ، أن حقوق الارتفاق القانونية ، كما هو معروف ، لا تكسب بالتقادم . لذلك ذهب البعض فى سبيل التخلص من هذه الصعوبة الى القول بأن الذى يكتسب بالتقادم فى هذه الحالة هو موضع المرور

---

(١) قارب اسماعيل غانم ، بند ٥٦ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٧٧ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٣٣ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى نقض مدنى ١٩٥٨/٣/١٣ ، مجموعة أحكام النقض س ٩ ، ص ٢١٢ ، نقض مدنى ١٩٦٢/٤/٢٨ ، مجموعة أحكام النقض س ١٣ ، رقم ٩٢ ، ص ٥٥١ .

وطريقته وليس حق المرور فى ذاته [1] • وذهب البعض الى أن ثبوت حق مالك الارض المحبوسة يرجع الى سقوط حق مالك الارض التى يباشر عليها المرور فى الاعتراض [2] • وذهب البعض الثالث الى آن الذى يثبت لمالك الارض المحبوسة ليس هو الحق القانونى فى المرور وانما هو حق ارتفـــاق جديد يخضع لاحكام الارتفاق الاتفاقى فلا يزول بزوال الانحباس [3] •

ويذهب استاذنا الدكتور منصور مصطفى منصور [4] الى ضرورة بحث كل حالة على حدة لمعرفة ما اذا كان صاحب الارض المحبوسة قد باشر حقه فى المرور فى الحدود التى رســـمها المشرع بنص المـــادة ٨١٢/١ مصرى (والمادة ٧٥ لبنانى) ، أو أنه تجاوز هذه الحدود • فاذا كان صاحب الارض المحبوسة قد باشر حقه فىالحدود التى رسمها المشرع يبقى حقـــه مرورا قانونيا وفقا لنص المـــادة المذكورة ، ويفسر عدم اعتراض مالك الارض التى باشر عليها المرور بعدم وجود محل للاعتراض • أما اذا كان صاحب الارض المحبوسة قد تجاوز فى مباشرته لحقه الحدود التى رسمها المشرع ، فلا يمكن اعتبار حقه فى المرور حقا قانونيا ، سواء قلنا انه اكتسب موضع المرور وطريقته بالتقادم لان التقادم يرد على الحقوق العينية ولا يرد على موضع وطريقة المرور بغير نص ، أو على أساس سقوط حق مالك الارض التى يباشر عليها المرور فى الاعتراض لان المرور قد تم بالمخالفة للحـــدود

---

(١) محمد على عرفة ، جـ ١ ، بند ٢٣٤ ، محمد كامل مرسى ، جـ ١ ، بند ٣٣٨ ، ميشال كامل الخورى و شاهين حاتم ، حقوق الارتفاق ، جـ ١ ، بند ١٢٧ زهدى يكن ، جـ ٢ ، بند ٢٦٣ .

(٢) حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ٧٣ ، و هـ ١ ص ٢٣٠ ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية ، ص ١١٧ ، اسماعيل غانم ، بند ٥٧ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٧٧ ، السنهورى بند ٤٧١ .

(٣) شفيق شحاته ، بند ٣٦٤ ، عبد المنعم البدراوى ، بند ٣٣٧ .

وهذا الراى هو الذى اخذت به محكمة النقض الفرنسية ، أنظر :

Req. 27/12/1904, D.P. 1905, 1, 74, s., 1904, 1, 246; Civ. 20/2/1922. D.P., 1925, 1, 80.

وانظر فى هذا الراى : Colin et Capitant, op. cit., No. 1017.

(٤) بند ٣٣ .

التى رسمها المشرع للمرور القانونى ، ويتعين اعتبار حق المرور فى هـذه الحالة مرورا مكتسبا بالتقادم لا يخضع لاحكام المرور القانونى وانما يخضع لاحكام المرور المكتسب بالاتفاق • ولذلك يتعين القول باقتصاره فى ظـل القانون اللبنانى على الاراضى الممسوحة التى يجوز فيها وحدها اكتساب حق التقادم •

مقابل المرور :

٧٩ — لا يثبت حق المرور دون مقابل وانما نظير تعويض يدفع مقابل الاضرار التى سببها تقريره [١] • وقد نصت المادة ٨١٢/١ من التقنين المدنى المصرى على أن يكون التعويض عادلا بينما جعلته المادة ٧٤ من قانون الملكية العقارية اللبنانى بنسبة الضرر الذى قد يسببه المرور [٢] • والتعويض العادل هو ما يقابل ما ترتب على المرور فى أرض الجـار من ضرر على نحو ما نص عليه المشرع اللبنانى ، دون نظر الى مدى النفـع الذى عاد على الارض المحبوسة من اتصالها بالطريق العام ، ويتم تحديده بالاتفاق أو عن طريق القضاء • ولم يشترط المشرع المصرى أو اللبنانى أن يدفع التعويض مقدما • وعلى ذلك فللمحكمة عند عدم الاتفاق أن تعين طريقة دفع التعويض • فقد ترى وجوب دفعه مقدما ، وقد ترى دفعه على أقساط دورية متجددة أو غير متجددة • ويكون لمالك الارض التى تقرر عليها المرور أن يمنع مالك الارض المحبوسة من المرور اذا امتنع عن دفع ما يستحق من التعويض ، تطبيقا للقواعد العامة فى الحبس •

ويسقط الحق فى المطالبة بتقرير التعويض بمضى المدة من وقت ممارسة المرور اذا لم يكن قد تحدد قضاء أو اتفاقا • اما اذا كان التعويض قـد تحدد فيسقط الحق فى المطالبة به بمضى المدة من وقت استحقاقه اذا كان

---

(١) راجع فى هذا الشأن جلال العدوى فى رسالته ، بنـد ٢٩٠ ، حيث يرى فى حق المرور التزاما قانونيا بالمعارضة .

(٢) وقد قضت محكمة النقض فى (١٩٥٦/١١/٢٠ ، مجموعة باز ، ١٩٥٦، ص ١٤٩) بأن التعويض الذى يتوجب على طالب حق المرور يفرض فيه أن يتناول قيمة العقار المرتفق به واكلاف الحواجز الفاصلة بين العقارين .

واجب الدفع جملة واحدة ، أو من وقت استحقاق كل قسط ـ بالنسبة لهذا القسط ـ اذا كان الدفع واجبا على أقساط دورية •

(ب) حقوق الري والصرف :

٨٠ ـ اذا كان الانحباس عن الطريق العام انحباسا كليا أو جزئيا هو ، كما رأينا ، الواقعة المسببة لحق المرور ، فان الانحباس عن مورد المياه أو مصرفها هو ما يجب أن نرى فيه الواقعة المسببة لحقوق الرى والصرف أو المسيل [1] • وقد أوضحت ذلك بجلاء المادة ١٦ من قانون الرى والصرف رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ فى مصر بنصها على أنه « اذا رأى أحد ملاك الاطيان أنه يستحيل أو يتعذر عليه رى أرضه ريا كافيا أو صرفها صرفا كافيا الا بانشاء مسقاة أو مصرف موجود فى أرض الغير وتعذر عليه التراضى مع أصحاب الارض ذوى الشأن •• فيرفع شكواه الى مفتش الرى » • ومؤدى ذلك أنه يجب لقيام مثل هذه الحقوق استحالة أو تعذر رى الارض أو صرفها ريا أو صرفا كافيا الا بتقريرها • ونعرض فيما يلى لشروط قيام كل من هذه الحقوق فى كل من القانونين على ضوء أحكام قانون الملكية العقارية اللبنانى مكملة بأحكام المجلة والقانون المدنى المصرى مكملة بقانون الرى والصرف المصرى •

١ ـ حقوق الرى

٨١ ـ يثير الرى الزراعى مشكلة تمكين المالك من رى أرضه من المياه الخاصة المملوكة لجاره مما يعرف بحق الشرب ، ومشكلة تمكينه من الوصول الى مورد المياه البعيد عبر أرض جاره مما يعرف بحق المجرى ، ومشكلة اسناد الانشاءات الفنية اللازمة لدفع الماء الى ضفة المجرى المملوكة لجاره مما يعرف بحق اسناد الانشاءات •

(١) جلال العدوى فى رسالته ، بند ٢٨٥ وما بعده .

حق الشرب :

لم ينظم المشرع اللبنانى فى قانون الملكية العقارية حق الشرب • ومع ذلك فقد نظمت « المجلة » هذا الحق فيجب العمل بأحكامها فى هذا الصدد نظرا لان قانون الملكية العقارية اللبنانى لم يلغ أحكامها الا فيما تعارض منها مع أحكامه على نحو ما تنص عليه المادة ٢٧٠ منه (١) : أما المشرع المصرى فقد نظم هذا الحق فى القانون المدنى •

وفى هذا الشأن تنص المادة ١/٨٠٨ من التقنين المدنى المصرى على أن « من أنشأ مسقاة •• (خاصة) طبقا للوائح الخاصة بذلك ، كان له وحده حق استعمالها » • غير أن المشرع يحد من سلطة المالك المطلقة فى الاستئثار بمسقاته باعطاء الملاك المجاورين حق الشرب عليها لتمكينهم من رى أراضيهم منها • فقد نصت المادة ٢/٨٠٨ من التقنين المذكور على أنه « يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة (الخاصة) •• فيما تحتاجه أراضيهم من رى •• بعد أن يكون مالك المسقاة •• قد استوفى حاجته منها •• وعلى الملاك المجاورين فى هذه الحالة أن يشتركوا فى نفقات انشاء المسقاة • • وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التى تنتفع بها » •

فالترع العامة لكل مالك الاستفادة منها وفقا للوائح الخاصة بذلك ، أما المسقاة الخاصة فالاصل أن لصاحبها وحده حق الاستفادة منها ، ما لم تتوافر شروط المادة ٢/٨٠٨ مدنى مصرى • ومن الواضح أن شرط الاستفادة من المسقاة الخاصة هو الجوار • ولكن المشرع المصرى لم يحدد المقصود بالجوار ، هل هو جوار المسقاة أم جوار الارض التى توجد بها • وقد ذهب البعض الى أن المقصود هو جوار المسقاة فقط ، فلا يكفى جوار الارض الموجودة بها لثبوت حق الشرب ، تأسيسا على أن حق الشرب حق استثنائى ورد على خلاف الاصل فيجب عدم التوسع فى تفسيره (٢) •

---

(١) زهدى يكن ، ج ٢ ، بند ٣١٦ .

(٢) حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ٦٧ .

وذهب البعض الاخر الى أن المقصود هو جوار الارض ، تأسيسا على أن لفظ الجوار ورد مطلقا فى النص ومطلق الجوار يتحقق بجوار الارض التى تخترقها المسقاة ، فضلا عن أن هذا التفسير يتفق وحاجات الرى الزراعى [1] • ويلاحظ أن افاده الارض المجاورة للارض التى بها المسقاة من حق الشرب الذى يثبته لها هذا الرأى الاخير يقتضى حصول مالكها على حق المجرى لامرار المياه من المسقاة الى أرضه عبر أرض الجار كما سنرى • ويلاحظ كذلك أن المادة ١٦ من قانون الرى والصرف المصرى قد أغفلت حتى شرط الجوار ، فضلا عن شرط ملاصقة أرض الجار لمسقاة المالك ذاتها ، مكتفية بالانحباس عن مورد المياه وهى الواقعة التى يجب أن نرى فيها مناط حق الشرب كما سبق أن رأينا •

وطبقا للمادة ١٦ من قانون الرى والصرف المذكور ، على طالب الحصول على حق الشرب ، اذا لم يستطع التراضى على ذلك مع مالك المسقاة ، أن يتقدم بطلب الى مفتش الرى الذى يفصل فيه بعد التحقق منه وفقا للاجراءات التى تحددها المادة المذكورة • ويكون قرار مفتش الرى فى هذا الشأن خاضعا لرقابة القضاء الادارى [2] •

وقد فرض المشرع على أصحاب الحق فى الشرب ، المساهمة فى نفقات انشائه والاشتراك فى نفقات صيانته بنسبة مساحة أراضيهم المنتفعة بالمسقاة (م ٨٠٨/٢) • والمقصود بنفقات الانشاء ، نفقات شق المسقاة وحدها ، وليس ثمن الارض التى شقت فيها أو قيمة الانتفاع بها • لذلك فتبقى المسقاة ملكا خالصا لصاحبها دون أن يترتب على انتفاعهم بها الاشتراك فى ملكيتها ، وهذا ما يفسر تقييد المشرع حقهم فى الاستفادة من

---

(١) شفيق شحاته بند ٣٧١ ، عبد المنعم البدراوى ، بند ٣٥٤ ، اسماعيل غانم ، بند ٥١ ، عبد المنعم فرج الصدة بند ٦١ ، منصور مصطفى منصور بند ٢٧ ، السنهورى بند ٤٤٦ . وقد عدل مشروع التقنين المدنى الجديد النص المقابل للمادة ٢/٨٠٨ بما يتفق مع هذا الرأى .

(٢) السنهورى ، بند ٤٤٨ ، محمد على عرفة ، بند ٢٢٢ وما بعده .

المسقاة بأن يكون المالك قد استوفى حاجته منها أولا • ويلاحظ البعض أنه ما دام أن ملكية المسقاة تبقى خالصة لمالكها وان له الاستفادة منها بالاولوية على أصحاب حق الشرب ، فلا يكون هناك معنى لالزام هؤلاء بالاشتراك فى نفقات انشاء المسقاة ، وكان يجب الاقتصار على الزامهم بالاشتراك فى نفقات الصيانة • وطبقا للمادة ٧٧ من قانون الرى والصرف تقوم بتقدير التعويض — عند عدم الاتفاق عليه — لجنة بينت هذه المادة تشكيلها • ويكون قرار هذه اللجنة خاضعا لرقابة القضاء الادارى [1] • وقد نص قانون الرى والصرف على أنه لا يحق للملاك المجاورين استعمال المسقاة الا بعد أداء ما يجب عليهم من نفقات (م ١٨) •

حق المجرى :

٨٢ — قد تكون الارض المراد ريها بعيدة عن مورد المياه ، بحيث يتحتم مرور المياه اليها فى ارض الجار والا حكم عليها بالموات • وقد واجهت المادة ٧٧ من قانون الملكية العقارية اللبنانى والمادة ٨٠٩ من القانون المدنى المصرى هذه الصورة • فقد نصت الاولى على أنه « يمكن لكل صاحب عقار يريد أن يستعمل لرى ارضه المياه الطبيعية أو الاصطناعية التى يكون له حق التصرف بها ، أن يحصل على مرور هذه المياه فى الاراضى المتوسطة بينها وبين أرضه ، بشرط أن يدفع عن ذلك تعويضا » ، ونصت الثانية على أنه : « يجب على مالك الارض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لرى الاراضى البعيدة عن مورد المياه •• بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضا عادلا » •

يقصد بحق المجرى اذن مرور المياه لرى أرض بعيدة عن موردها عبر أرض مملوكة لشخص آخر • فيشترط لثبوت هذا الحق أن تكون الارض بعيدة عن مورد المياه ، سواء أكان هذا المورد نهرا أم ترعة عامة أم مسقاة خاصة موجودة فى أرض الغير أو فى أرض نفس المالك • وهذا الشرط صريح فى النص المصرى ولكنه يقوم كذلك فى القانون اللبنانى رغم ما قد يوحى به

---

(١) انظر فى هذا الصدد : السنهورى بند ٤٤٨ و هـ ١ ص ٧٢٣ وما بعدها

عموم النص ، اذ أن بعد الارض عن مورد المياه هو العلة التى من أجلها يخرج المشرع على الاصل العام فى استئثار المالك بملكه وحقه فى منع الغير من استعماله • فاذا كان المورد هو نهر أو ترعة عامة ، فيجب على مالك الارض التى يراد امرار المياه اليها أن يحصل على الترخيص اللازم لاخذ المياه من النهر أو من الترعة العامة ، سواء فى القانون اللبنانى أو فى القانون المصرى ، اذ لا معنى لثبوت حق المجرى طالما لم يكن للمطالب به حق أخذ المياه ذاتها • واذا كان مورد المياه موردا خاصا كينبوع أو مسقاة خاصة موجودة فى ملك الغير ، فيجب أيضا أن يكون لمالك الارض المراد ريها حق آخذ المياه من المسقاة الخاصة ، اما بمقتضى حق الشرب المنصوص عليه فى المجلة بالنسبة للبنان أو فى المادة ٨٠٨ من القانون المدنى المصرى بالنسبة لمصر ، واما بمقتضى اتفاق بينه وبين المالك • أما اذا كان مورد المياه موردا خاصا موجودا فى أرض أخرى مملوكة لنفس مالك الارض التى يراد امرار المياه اليها فلا صعوبة فى الامر •

ويشترط للحصول على الحق فى اجراء المياه أن يكون القصد من ذلك رى الارض اذ لا يفرض المشرع اللبنانى أو المصرى هذا القيد الا لصالح الارض الزراعية المحتاجة الى الرى • ولذلك لا يقوم هذا الحق اذا كان يراد امرار المياه لغرض آخر غير الرى ، ويكون لصاحب الارض المتوسطة التى يراد امرار المياه خلالها رفض هذا الامرار ولو مقابل تعويض •

ولا يشترط لثبوت حق المجرى أن تكون المياه المراد تمريرها منها ضرورية لرى أرضه ، بل يكفى أن تكون مطلوبة لريها ريا كافيا على حد تعبير المشرع المصرى • فيثبت حق المجرى ولو كان هناك سبيل آخر لرى الارض ، لكن هذا السبيل غير كاف ، كبئر مثلا • وقد جاء النص اللبنانى مطلقا فى هذا الشأن بحيث قد يفهم منه ان حق المجرى لا يشترط لثبوته أن تكون المياه المراد امرارها اليه مطلوبة لديها ، ولكنا سبق أن رأينا أن العلة فى ثبوت هذا الحق هى بعد الارض عن مورد المياه مما يقتضى حرمان هذه الارض منه اذا كان لها مورد يكفى لريها •

وقد نص المشرع اللبنانى فى المادة ٧٧ من القانون المذكور على حق مالك

الارض التى تمر فيها المياه فى التعويض مقابل الضرر الذى يصيب أرضه من اجراء امرار المياه خلالها واستلزم تعجيل هذا التعويض . كذلك نصت المادة ٨٠٩ من القانون المدنى المصرى على أنه يكون لمالك الارض المقام عليها المجرى الحق فى تعويض عادل مقابل تعطيل الارض المقام عليها المجرى . ويلاحظ أن اجراءات الحصول على هذا الحق وتقدير التعويض فى القانون المصرى تخضع لنفس القواعد التى نص عليها قانون الرى والصرف بصدد حق الشرب (١) . ووفقا للمادة ١٨ من قانون الرى والصرف لا يباشر صاحب حق المجرى حقه فى امرار المياه الا بعد أداء التعويض .

حق اسناد الانشاءات (فى لبنان) :

٨٣ — عرض المشرع اللبنانى لحق آخر من حقوق الرى بقصد تيسير رى الاراضى المحتاجة اليه . ويواجه هذا الحق حالة الارض التى تكون ملاصقة لاحد مجارى المياه التى يمكن أخذ المياه اللازمة لريها منها والتى تكون ضفتها الاخرى مملوكة لمالك آخر ، ولكن سطح هذه الارض يكون مرتفعا عن منسوب المياه فى هذا المجرى ، بحيث يستلزم الامر لامكان ريها اقامة سد أو منشآت فنية تسند الى الضفتين معا . والاصل فى هذا الشأن أنه لا يجوز اسناد هذا السد أو المنشآت الفنية الى الضفة الاخرى المملوكة لمالك آخر بغير رضاه . ولكن المشرع اللبنانى قد خرج على مقتضى هذا الاصل ضمانا للمصلحة العامة فأجاز مثل هذا الاسناد رغم ما قد يكون هناك من معارضة من هذا المالك ، ولكن نظير تعويض عادل .

وقد نصت المادة ٧٩ من قانون الملكية العقارية على هذا القيد بقولها « مع الاحتفاظ بالاحكام النظامية المتعلقة بمآخذ المياه ، يمكن لكل صاحب

---

(١) قضت محكمة النقض بأن حق المجرى لا يتقرر لمجرد ما أوجبه القانون على مالك الأرض من السماح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لرى الأرض البعيدة عن مورد المياه ، وانما يجب لذلك أن يتقدم صاحب هذه الارض — اذا تعذر عليه الاتفاق مع المالك — بطلب الى المحكمة أو جهة الادارة المختصة لتقرير هذا الحق وبيان كيفية ممارسته وتحديد المقابل الذى يدفع عنه (نقض مدنى ١٩٦٥/١١/١١ ، مجموعة أحكام النقض ، رقم ١٦٢ ، ص ١٠٤٣) .

عقار مجاور لمجرى ماء ، اذا أراد استعمال المياه لرى أرضه أن يحصل لقاء تعويض معجل على اجازة اسناد الانشاءات الفنية اللازمة لاقامة مأخذ الماء الى الارض الواقعة تجاه أرض على ضفة المجرى » •

ويلاحظ بشأن هذا الحق أنه قاصر على الارض الزراعية بقصد تيسير حصولها على المياه اللازمة لريها ، فلا ينصرف الى الحالات التى يراد فيها الحصول على المياه لغرض آخر ، كما يلاحظ أن هذا الحق مقرر لقاء تعويض معجل •

كذلك يلاحظ أن الجار المالك اذا كان يجبر على تقبل اسناد السدود والمنشآت الفنية الى أرضه مقابل تعويض معجل على النحو السابق ، فقد تكون له مصلحة فى اقامتها والانتفاع بها مثله مثل المالك الاخر الذى يريد اقامتها • لذلك فقد حرص المشرع اللبنانى على تخويله حق الانتفاع بها ولكنه عنى فى هذه الحالة بالتنبيه الى وجوب تحمله بنصف نفقات الانشاء والصيانة مقابل حقه فى هذا الانتفاع ، بالاضافة الى اسقاط حقه فى التعويض ، اذ تكون هذه السدود والانشاءات فى هذه الحالة مخصصة للانتفاع المشترك لكلا المالكين ومسندة الى أرض كل منهما على السواء • وقد نصت على ذلك المادة ٨٠ من قانون الملكية العقارية بقولها « اذا طلب صاحب العقار المراد اسناد الانشاءات الفنية الى أرضه الاشتراك فى استعمال السد فعليه أن يتحمل نصف مصاريف الانشاءات والصيانة • وفضلا عن ذلك لا يحق له ، فى هذه الحال ، أقل تعويض مقابل اسناد السد الى أرضه ، واذا كان قد قبض تعويضا فعليه أن يرده » •

ويراعى أنه اذا طلب هذا المالك الانتفاع بالسد مؤخرا بعد اقامته بالفعل، واقتضى هذا الانتفاع التعديل فيه ، فيجب عليه وحده تحمل نفقات مثل هذا التعديل ، فضلا عن مشاركته بالنصف فى تحمل نفقات الانشاء الاصلى والصيانة • فهذا الحكم تمليه القواعد العامة ، وقد نص عليه صراحة القانون الفرنسى الذى أخذ عنه حكم التشريع اللبنانى [1] •

---

(١) حسن كيرة ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية ، ص ١٣٠ .

(٢) حقوق الصرف :

٨٤ ــ يقصد بحقوق الصرف بصـــفة عامة تلك الحقوق التى تخول لاصحابها تصريف المياه الموجودة فى أراضيهم فىأراضى الجيران أو امرارها خلالها لتصل الى المجرى المعد لتلقى هذه المياه • وقد عنى كل من المشرع اللبنانى والمشرع المصرى بتنظيم هذه الحقوق • وقد جاء هذا التنظيم فى كل من البلدين ــ لبنان ومصر ــ انعكاسا لطبيعة الارض فى كل منها • ذلك أن أرض لبنان بطبيعتها أرض جبلية مما جعل المشرع اللبنانى يعنى بتنظيم المسيل الطبيعى للمياه من الاراضى العالية على الاراضى الواطئة بجـانب تنظيمه لتصريف الميـاة الفائضـة عن الارض الزراعيـة أو التى فى دور الاصلاح ، بينما أرض مصر فى مجموعها منبسطة مما جعل المشرع المصرى يقتصر على تنظيم تصريف المياه الزائدة عن حاجة الرى • وحتى فى هذا المجال ــ مجال صرف المياه الزائدة عن حاجة الارض الزراعية أو المستصلحة ــ نجد بعض الاختلاف فى الاحكام التفصيلية نتيجـة هـذا الاختلاف فى طبيعة الارض •

وسوف نعرض أولا لحق المسيل الطبيعى للمياه من الاراضى العاليـة على الاراضى الواطئة قبل أن نعرض لحقوق الصرف الزراعى •

المسيل الطبيعى للمياه من الأراضى العالية الى الأراضى الواطئة :

٨٥ ــ تنص المادة ١/٥٩ من قانون الملكية العقارية اللبنانى على أن « •• الاراضى الوطيئة مسخرة تجاه الاراضى التى تعلوها لتلقى الميـاه السائلة طبيعيا من الاراضى العالية ، بدون أن يكون ليد الانسان دخل فى اسالتهـا » •

فالقانون اللبنانى على هذا النحو ــ مثله فى ذلك مثل القانون الفرنسى (م ٦٤٠) ــ يقرر تحميل الاراضى الوطيئة بتلقى المياه السائلة سـيلا طبيعيا من الارض العالية • والمقصود بذلك المياه الطبيعية كمياه الامطـار أو المياه الناتجة عن ذوبان الثلوج أو عن الينابيع المتفجرة من باطن الارض من تلقاء نفسها دون تدخل من الانسان لتفجيرها عن طريق الحفر •

وقد رأى المشرع فى تقرير هذا الحق مجاراة حكم الطبيعة الذى يجعل الارض الوطيئة مستقرا محتوما لما يسيل من المياه من الارض العالية . وهذا الحق يختلف عن حقوق الارتفاق القانونية الاخرى فى أنه يتقرر دون مقابل أو تعويض يحصل عليه صاحب الارض الوطيئة، وانكان يتفقمعها فى خصائصها الاخرى وخاصة فيما يتعلق بعدم لزوم تسجيله كما هو الامر بالنسبة لحقوق الارتفاق الاتفاقية . وقد نصت المادة ٥٨ من قانون الملكية العقارية اللبنانى على ذلك صراحة بقولها « شذوذا عن المبدأ المقرر بالمادة ١٠ من القرار المختص بالسجل العقارى ، تعفى من النشر والاعلان حقوق الارتفاق الناتجة عن الوضعية الطبيعية للاماكن » ..

وما دامت هذه طبيعة حق المسيل الطبيعى للمياه من الاراضى العالية على الاراضى الوطيئة وتلك هى خصائصه فيجب القول بأنه « لايجوز لصاحب الارض الوطيئة أن يقيم سدا ليمنع هذا المسيل » (م ٢/٥٩) ، أو حتى للابطاء به بما يخلف الرمال والحصى التى تحملها المياه فى الارض العالية . لذلك فاذا أراد مالك الارض الوطيئة احاطة أرضه بحائط ، فيجب عليه أن يترك فى هذا الحائط فتحات كافية تسمح بمسيل المياه ، وان كان يجوز له بالطبع أن يتخذ ما يلزم من الاحتياطات لمنع الضرر الناجم عن سيل المياه فى أرضه ، كأن يحفر لها مجرى يحصرها ويمنع انتشارها [1] ،

وبالمثل « لا يجوز لصاحب الارض العالية أن يحتال ليزيد عبء الارتفاق على الارض الوطيئة » (م ٣/٥٩) . فهذا الحق مقرر خضوعا لحكم الطبيعة فيجب أن يبقى فى الحدود التى رسمتها هذه الطبيعة [2] . لذلك ليس من حق صاحب الارض العالية تغيير المجرى الطبيعى لمسيل المياه، أو زيادة كميتها أو مدة اندفاعها أو تفجير المياه تفجيرا صناعيا عن طريق

---

(١) فى هذا المعنى : حسن كيرة ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية ، ص ١٢٦ ؛

Planiol et Ripert, op. cit., No. 504.

(٢) حسن كيرة ، المرجع السابق فى الموضع السابق .

الحفر فى أرضه [1] ، والا خرجنا عن نطاق الارتفاق الطبيعى الى نطاق ارتفاق قانونى آخر له أحكامه المختلفة التى واجهها المشرع اللبنانى فى نص مستقل •

على هذا النحو نص المشرع اللبنانى فى المادة ٦٠ من القانون المذكور فى فقرتيها الاولى والثانية على أنه فى حالة زيادة العبء الذى تتحمله الارض الواطئة نتيجة الاستعمال الذى يمارسه صاحب الارض العالية لمياه الامطار الساقطة فى أرضه أو مياه العيون الطبيعية النابعة فيها ، أو نتيجة الاتجاه الذى يوجه اليه هذه المياه ، يجب على صاحب الارض العالية دفع تعويض لصاحب الارض الواطئة مقابل زيادة هذا العبء • كذلك نصت المادة ذاتها فى فقرتها الثالثة على التزام صاحب الارض العالية بالتعويض قبل صاحب الارض الواطئة فى حالة قيام الاول بتفجير المياه فى أرضه تفجيرا صناعيا عن طريق السبر أو الحفر •

واذا كان المشرع فى الحالات السابقة التى يتدخل فيها صاحب الارض العالية فى احداث المياه أو تغيير قوتها واتجاهها يحمل الارض الواطئة بنتيجة هذا التدخل نظير التعويض ، فقد حرص على مراعاة جانب بعض العقارات الواطئة التى قد يضر بها مثل هذا التدخل ضررا بليغا • لذلك فقد نصت المادة ٦٠/٤ من القانون على أن « •• البيوت والباحات والجنائن

---

(١) تطبيقا لذلك نص المشرع اللبنانى فى المادة ٦٤ من قانون الملكية العقارية اللبنانى على أنه « على كل صاحب عقار ان يبني سطوحه بحيث تسيل مياه الامطار فى أرضه أو فى الطريق العمومية الا فى حالة تطبيق الانظمة الخاصة المتعلقة بالطرقات ، ولا يجوز له احالة هذه المياه فى الارض المجاورة» . وهذا الحكم بالطبع لايمنع المالك من بناء سطوحه بحيث تسيل المياه كما لا يمنع من اكتساب ارتفاق اتفاقى لسيل هذه المياه رأسا على ملك الجار فى أرضه ولو سالت بعد ذلك سيلا طبيعيا على الارض الواطئة المجاورة ، مع مراعاة أحكام التسجيل ، أو اكتساب مثل هذا الارتفاق بالتقادم فى الحدود التى يجوز فيها أعمال التقادم المكسب فى القانون اللبنانى (حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص ١٢٦ ، ميشال الخورى وشاهين حاتم ، المرجع السابق ، بند ١٠٣ ، ١٠٤) .

والعرصات المسورة الملاصقة للمساكن ، لا تخضع فى الاحوال المنصوص عليها فى الفقرات السابقة ، لادنى زيادة فى ارتفاق مسيل الماء » .

٨٦ — وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى يخصص نص المادة ١١٧٧ منه لحق المسيل الطبيعى للمياه من الاراضى العالية على الاراضى الواطئة التى كانت تقضى بأنه « على مالك الأرض المنخفضة أن يسمح بأن تنزل فى أرضه المياه التى تنحدر بفعل الطبيعة من الاراضى المرتفعة عنها كمياه الامطار . وليس لمالك الارض المنخفضة أن يقيم جسرا يسد الماء . كما أنه ليس لمالك الارض المرتفعة أن يأتى ما من شأنه الزيادة فيما يجب أن تتحمله الارض المنخفضة من ذلك » ، ولكن لجنة المراجعة قررت حذف هذا النص لعدم الحاجة اليه فى مصر وظهر التقنين خاليا منه . لذلك يذهب بعض الفقه المصرى الى أنه لا يتأتى الحصول على حق بمثل هذا المسيل على ملك الجار الا عن طريق اكتساب ارتفاق بالاتفاق أو التقادم أو تخصيص المالك الاصلى (١) .

المسيل أو الصرف الزراعى :

٨٧ — يقصد بهذا الحق حق صرف المياه الزائدة عن حاجة الارض الزراعية أو المستصلحة فى ملك الجار أو عبر هذا الملك الى المجرى المعد لها . ويؤخذ من نصوص التشريعين اللبنانى والمصرى فى هذا الشأن أن لهذا الحق صورتان تقابلان حق الشرب وحق المجرى بالنسبة للرى وهما حق الصرف فى ملك الجار مباشرة وحق الصرف عبر ملك الجار فى المجرى المعد لذلك .

٨٨ — (١) ففيما يتعلق بحق الصرف فى ملك الجار مباشرة تنص المادة ٧٨ من قانون الملكية العقارية اللبنانى على أنه « .. يمكن لصاحب العقار .. أن يحرز اجازة ، لقاء تعويض معجل فى أن تمر المياه التى تسيل من أرضه

---

(١) حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ، هامش ١ ص ٢١٣ ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية ، ص ١٢٧ .

بعد ريها ••• فى الاراضى التى تكون تحتها » ، ونصت المادة ٢/٨٠٨ من التقنين المدنى المصرى على أنه « يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المصرف (الخاص) فيما تحتاجه أراضيهم من •• صرف ، بعد أن يكون مالك المصرف قد استوفى حاجته ••• وعلى الملاك المجاورين فى هذه الحالة أن يشتركوا فى نفقات انشاء •• المصرف ، و •• (صيانته) بنسبة مساحة أراضيهم التى تنتفع •• به » •

ويلاحظ أن النص اللبنانى يواجه حالة صرف المياه الزائدة عن حاجة الارض الزراعية العالية فى الارض الواطئة المجاورة لها ، مثله فى ذلك مثل النص الخاص بالمسيل الطبيعى للمياه السابق الاشارة اليه ، مما يتفق مع طبيعة الاراضى الجبلية فى لبنان • غير أن الحق الذى يقرره هذا النص يختلف عن الحق الذى يقرره النص الخاص بالمسيل الطبيعى من حيث أن المياه المراد صرفها فيه هى المياه المتبقية فى الارض بعد ريها دون نظر الى مصدرها سواء كان طبيعيا أو صناعيا بعكس الاخر الذى يخص المياه الطبيعة وحدها ، ومن حيث أن المياه المنصرفة لا يشترط أن يتخذ صرفها مجرى طبيعيا فى الارض الواطئة كما هو الحال فى المسيل الطبيعى ، وأخيرا من حيث أن المشرع يقرره مقابل تعويض معجل يراعى فيه قدر الضرر اللاحق بالارض الواطئة التى تسيل اليها المياه المنصرفة بعكس الاخر الذى يتقرر دون تعويض •

أما النص المصرى فلا يواجه حالة صرف المياه الزائدة عن حاجة الارض العالية فى الارض الواطئة المجاورة ، وانما يواجه حالة وجود مصرف خاص مجاور للارض التى يراد صرف المياه الزائدة عنها ، مما يناسب طبيعة الاراضى المنبسطة التى تتكون منها الرقعة الزراعية فى مصر •

ويلاحظ أن المقصود بالجوار فى النص المصرى هو جوار المصرف ذاته لا مجرد جوار الارض الموجود بها • وهذا واضح لدى من يشترطون جوار السقاة لثبوت حق الشرب ، أما من يثبتون حق الشرب فى حالة جوار الارض المراد ريها للارض الموجودة بها المسقاة فيعللون اشتراط جوار الارض المراد صرف المياه الزائدة عنها للمصرف الخاص المراد الصرف فيه ،

بأن المشرع لم يقرر حق اسالة المياه بالاراضى المجاورة (الصورة الثانية) الا لكى تصب فى أقرب مصرف عومى بحيث لا يجوز اسالتها لكى تصب فى مصرف خاص يملكه الجار فى أرضه اذا كان هذا المصرف غير ملاصق للارض التى يراد اسالة المياه فيها •

٨٩ — (٢) وفيما يتعلق بحق الصرف عبر ملك الجار فى مجرى معد لذلك تنص المادة ٨١ من قانون الملكية العقارية اللبنانى على أنه «لكل صاحب عقار يريد اصلاح أرضه باسالة مياهها أو بأية طريقة كانت للتجفيف أن يجر هذه المياه مقابل تعويض عادل معجل الدفع ، تحت الارض أو فوقها عبر الاراضى الفاصلة بين أرضه وبين مجرى ماء أو أى خندق آخر لمسيل المياه ، ويستثنى من هذا الارتفاق البيوت والباحات والحدائق والجنائن والعرصات المسورة المجاورة للمساكن » • كذلك نصت المادة ٨٠٩ من التقنين المدنى المصرى على أنه « يجب على مالك الارض أن يسمح بأن تمر بأرضه مياه الصرف الاتية من الاراضى المجاورة لتصب فى أقرب مصرف عمومى بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضا عادلا » •

ويلاحظ أن النص اللبنانى يثبت لصاحب الارض المغمورة بالمياه الذى يريد صرف المياه الموجودة بها الحق فى امرار هذه المياه الى مكان يكون له الصرف فيه ، كمجرى ماء أو خندق ، عبر أرض الجار التى تتوسط بين أرضه وبين هذا المكان • أما النص المصرى فلا يثبت مثل هذا الحق لصاحب الارض الذى يريد تصريف مياه أرضه عبر أرض الجار الا اذا كان المقصود اسالة هذه المياه الى أقرب مصرف عمومى دون أى مكان أو مصرف خاص يكون له حق الصرف فيه • وبذلك لا يتأتى مثل هذا الصرف الا بالحصول على ارتفاق اتفاقى أو اكتساب ارتفاق بالتقادم أو بتخصيص المالك الاصلى • وفى هذا يختلف حق الصرف عبر أرض الجار فى القانون المصرى عن حق المجرى الذى يثبت فيه أيا كان مورد المياه مسقاة خاصة أو ترعة عامة •

ويلاحظ أنه لا اعتبار لمصدر المياه طبيعيا كان أو صناعيا سواء فى النص اللبنانى أو النص المصرى • ولكن النص اللبنانى يواجه الحالة التى يراد

فيها تجفيف الارض بقصد استصلاحها بينما يواجه النص المصرى مياه الصرف الاتية من الاراضى المجاورة بصفة عامة • ومع ذلك فيبدوا لنا أن لا فارق بين النصين من هذه الناحية اذ المقصود على أية حال المياه التى يراد صرفها من الاراضى التى فى سبيل الاستصلاح أو المياه الزائدة عن حاجة الارض الزراعية المستصلحة بالفعل • كذلك يلاحظ أنه لا اعتبار لموقع الارض المتوسطة فى كلا النصين ، فيستوى أن تكون هذه الارض منخفضة عن الارض التى يراد صرف المياه منها أو فى مستواها • غير أن المشرع اللبنانى — خلافا للمشرع المصرى — لا يخضع كل الاراضى المتوسطة لقيد الصرف ، وانما يستثنى منها — كما استثنى فى شأن حق المسيل الطبيعى — « البيوت والباحات والحدائق والجنائن والعرصات المسورة المجاورة للمساكن » •

وهذا الحق يثبت — سواء فى القانون اللبنانى أو فى القانون المصرى — فى مقابل تعويض عن تعطيل الارض التى يقام عليها ممر مياه الصرف وما يترتب عليه من اضرار دائمة أو وقتية • وقد نصت المادة ٨١ من القانون اللبنانى على وجوب دفع هذا التعويض مقدما، كما نص قانون الرى والصرف فى مصر على مثل هذا الحكم •

ومن الطبيعى أن يتحمل صاحب حق الصرف بكل تكاليف المنشآت اللازمة لتمرير هذه المياه عبر أرض الجار • ويلاحظ فى هذا الشأن أن النص اللبنانى لا يحتم أن يكون صرف المياه فى مجرى ظاهر فوق سطح أرض الجار ، وانما يجيز أن يكون فى مجرى مستتر تحتها بواسطة أنابيب مثلا • ويعطى القضاء الفرنسى ، فى تفسيره للنص الفرنسى المقابل للنص اللبنانى ، لنفسه سلطة تقديرية فى شأن تحديد طريقة الصرف وتعيين الممر الذى يجب أن تتخذه مياهه [1] • وهذا القضاء يمكن الاسترشاد به فى تفسير النص اللبنانى للحد من الاضرار التى تلحق بالارض التى تمر بها مياه الصرف [2] •

---

(١) انظر : Planiol et Ripert, op. cit., No. 504.

(٢) فى هذا المعنى : حسن كيرة ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية ، ص ١٣١ •

وقد راعى المشرع اللبنانى أن اقامة منشآت للصرف عبر أرض اجار على النحو المتقدم يمكن ان يفيد مالك هذه الارض أو الملاك المجاورين بصفة عامة ، لذلك فقد خولهم حق الانتفاع بها مقابل اشتراكهم فى نفقات الانشاء والصيانة ، وتحمل كل منهم بما يتطلبه انتفاعه من تعديل فى المنشآت المقامة • وقد نصت على ذلك المادة ٨٢ من قانون الملكية العقارية بقولها « يحق لاصحاب العقارات المجاورة أو التى تجتازها المياه أن يستعملوا المنشآت المحدثة بمآل المادة السابقة لاسالة مياه أراضيهم ، وفى هذه الحال يلزمهم : ١ ـ قسم من أكلاف المنشآت بنسبة استفادتهم منها ٢ ـ النفقات الناجمة عن التحويرات التى قد يترتب احداثها لاستعمال هذا الحق . ٣ ـ الحصة التى تصيبهم ، فيما بعد ، من اكلاف صيانة هذه المنشآت التى تصبح مشتركة •

احكام عامة فى التزامات المنتفعين بحقوق الرى والصرف الزراعى :

٩٠ ـ وضع القانون المصرى على عاتق المنتفعين بهذه الحقوق عدة التزامات تكفل عدم الاضرار بالارض المحملة بها ، وتضمن تحقيق الغرض من تقريرها وهو رعاية الاستثمار الزراعى • فقد نصت المادة ٨١٠ من التقنين المدنى المصرى « على أنه اذا أصاب الارض ضرر من مسقاة أو مصرف يمر بها ، سواء أكان ذلك ناشئا عن عدم التطهير أو عن سوء حالة الجسور فان لمالك الارض أن يطلب تعويضا كافيا عما أصابه من ضرر» • فهذه المادة تقرر التزام المنتفعين بالتعويض عما يترتب على عدم تطهير المسقاة أو المصرف أو عن سوء حالة جسورها من ضرر • ومثل هذا الحكم يمكن الاخذ به فى لبنان باعتباره مجرد تطبيق للقواعد العامة •

كذلك نصت المادة ٨١١ من التقنين المدنى المصرى على أنه « اذا لم يتفق المنتفعون بمسقاة أو مصرف على القيام بالاصلاحات الدورية ، جاز الزامهم بالاشتراك فيها بناء على طلب أى واحد منهم » • فهذه المادة تقرر التزام المنتفعين بالاشتراك فيما تحتاجه المسقاة أو المصرف من اصلاحات ضرورية • وقد نصت المادة ٨٣ من قانون الملكية العقارية فى

لبنان على مثل هذا الحكم بالنسبة لمنشآت الصرف على النحو الذى سبق أن رأيناه • وقد أجازت المادة ١٢ من قانون الرى والصرف المصرى لتفتيش الرى اجراء الاصلاحات اللازمة وتحصيل نفقاتها بالطرق الادارية ، بعد تكليف ذوى الشأن بالقيام بها فى موعد معين وتأخرهم عن ذلك •

٢ — الارتفاق القانونية السلبية

٩١ — الاصل أن للمالك أن يبنى على أرضه حتى حدود ملكه • غير أن مصلحة الملاك المتجاورين أنفسهم تقتضى فرض قيود متبادلة على كل منهم اذا ما أراد عمل فتحات فى بنائه ، توفيرا لحرية الاخرين فى التمتع بملكهم • هذه القيود تختلف باختلاف ما اذا كان المقصود بالفتحات مجرد التهوية والاضاءة دون النظر ، وتسمى المناور ، وما اذا كان مقصودا بها النظر ، وتسمى المطلات •

المنـــاور :

٩٢ — فالمناور يقصد بها الفتحات التى تسمح بمرور الهواء والضوء دون النظر من خلالها الى عقار الجار ، لارتفاعها عن قامة الانسان العادية • مثل هذه الفتحات لا ترتب أذى للجار ، ومن ثم يجوز فتحها فى بناء مبنى على حافة ملك صاحبه دون التقيد بمسافة معينة •

وقد حدد المشرع اللبنانى الارتفاع الذى يجب أن تكون الفتحة عليه لكى تعتبر منورا لا يشترط لفتحه ترك مسافة معينة بين الحائط الكائنة فيه وبين ملك الجار ، تحديدا حسابيا جامدا بمترين ونصف من أرض الغرفة اذا كان الطابق أرضيا ، وبمتر وتسعين سنتيمترا من أرض الغرفة اذا كان الطابق علويا (م ٦٦) • أما المشرع المصرى فقد اتخذ معيارا عاما غير محدد تحديدا دقيقا ، هو ما نصت عليه المادة ٨٢١ من القانون المدنى بقولها « لا يشترط أية مسافة لفتح المناور ، وهى التى تعلو قاعدتها عن قامة الانسان المعتادة ، ولا يقصد بها الا مرور الهواء ونفاذ النور ،

دون أن يستطيع الاطلال منها على العقار المجاور » • وقد رأى المشروع الجديد للتقنين المدنى اتباع مسلك القانون اللبنانى وتحديد ارتفاع قاعدة المناور بمترين ، لان هذا التحديد أكثر انضباطا من معيار قامة الانسان المعتادة الذى تتخذه المادة ٨٢١ من التقنين الحالى •

ولما كانت المناور على هذا النحو لا تتضمن تعديا على ملك الجار ، وانما تعتبر رخصة من الرخص التى تخولها للمالك ملكيته، فان مالك البناءلايكتسب حق ارتفاق بها عن طريق الحيازة مهما طالت مدة فتحها ، اذ الحيازة تفترض التعدى على ملك الجار ولا تقوم على عمل ياتيه شخص على أنه رخصة من المباحات ، ومن ثم يكون دائما للجار أن يبنى هو الاخر على حدود ملكه فيسد هذه المناور [1] •

ومن المفهوم أن فتح المناور يخضع للقيد العام على الحقوق كافة من عدم التعسف فى استعمالها • فاذا تعسف صاحب البناء الموجود فيه المنور فى استعماله لهذا المنور ، بأن اعتاد اعتلاء ما يمكنه من الاطلال منه أو القاء مخلفاته منه لتسقط فى ملك الجار ، جاز للجار المطالبة بسده رغم توافر الارتفاع القانونى فيه •

المطلات :

٩٣ ــ والمطلات يقصد بها الفتحات التى تسمح بالنظر من خلالها الى الخارج ، كالنوافذ والشرفات ، لكونها تحت مستوى قامة الانسان العادية • مثل هذه الفتحات تسبب مضايقات للجار ، ومن ثم اشترط القانون لفتحها أن يكون البناء المراد فتحها فيه يبتعد عن ملك الجار مسافة معينة • هذه المسافة تختلف بالطبع باختلاف ما تسمح به من نظر

---

(١) محمد كامل مرسى ، بند ٣٨٦ ، شفيق شحاته ، بند ١١٩ ، محمد على عرفه ، بند ٢٥٦ والاحكام المشار اليها ص ٢٣٢ هـ ٢ ، عبد المنعم البدراوى بند ٩٩ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٩٦ ، حسن كيرة الحقوق العينية الاصلية ، بند ٨٦ ، السنهورى ، بند ٤٨١ ،
Aubry et Rau, T. 2, No. 196; Marty et Raynaud, No. 281.

على ملك الجار • فاذا كان المطل مواجها لملك الجـار بحيث يسمح بنظر مباشر اليه ، اشترط لفتحها أن تكون على بعد مسافة مترين كاملين من ملك الجار فى القانون اللبنانى ومتر واحد فى القانون المصرى • واذا كان المطل منحرفا عن ملك الجار ، بحيث يستلزم الالتفات أو الانحناء للنظر اليه ، اشترط أن يكون على بعد مســافة نصف متر من ملك الجــار فى كل من القانونين •

وقد نصت المادة ٦٦ من قانون الملكية العقارية اللبنانى على المطل المواجه بقولها « لا يجوز لصاحب عقار أن يكون له مطل مستقيم أو نوافذ أوشرفات أو سوى ذلك من النتوءات على أرض مسورة للمالك المجاور ما لم يكن بين الحائط الذى يحدث فيه هذا المطل أو هذه الشرفات وبين تلك الارض مسافة مترين » ، ونصت عليه المادة ٨١٩ من القانون المـدنى المصرى بقولهـا « لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر ، وتقـاس المسافة من ظهـر الحائط الذى فيـه المطل ، أو من حافة الشرفة أو الواجهة » •

أما المطل المنحرف فقد نصت عليه المادة ٦٧ من القانون اللبنانى المذكور بقولها « لا يجوز لصاحب عقار أن يكون له مطل جانبى أو منحرف على أرض مسورة أو غير مسورة للمالك المجاور ، ما لم يكن بين الحائط المحدث فيه المطل وبين الارض المذكورة مسافة نصف متر » ، ونصت عليه المادة ٨٢٠ من التقنين المدنى المصرى بقولها : « لا يجوز أن يكون للجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمترا من حرف المطل ••• » •

وتحسب المسافة فى الحالتين ابتداء من ظهر الحائط المفتوح فيه المطل، أو من حافة الشرفة أو الخارجة ، الى الحد الفـاصل لملك الجـار (م ٦٨ لبنانى / م ٨١٩ مصرى)

ويستوى فى شأن قيام هذه القيود أن يكون ملك الجار بنـــاء أو أرضا زراعية ، كما أنه لا عبرة باتساع المطل أو بنوع البناء الذى يفتح فيه ، حتى لو كان مجرد سور يحيط الملك (١) .

وفتح المالك مطلا مع مراعاة المسافة القانونية لا يحتاج الى القيـــد فى السجل العقارى ولا يمنع الجار من البناء على حدود ملكه طالمـــا لم يقم بفتح مطل فى بنائه على الملك الاخر دون أن يستطيع المالك الاول الادعاء باكتساب ارتفاق بالمطل على ملك الجار بالتقادم ، لان فتح المطل مع مراعاة المسافة القانونية يعتبر رخصة قانونية لا تصلح مبدأ لحيازة تؤدى الى اكتساب ارتفاق بالتقادم (٢) .

ومن البديهى أنه يجوز فتح المطـــلات دون مراعاة التقيد بالمســـافات القانونية اذا كانت مفتوحة على الطريق العـــام ، حتى ولو كان المطـــل منحرفا بحيث يطل فى نفس الوقت على ملك الجار . فالطريق العـــــام مخصص للمنفعة العامة بما يمكن الكافة من الاطلال عليه . وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٦٨ من القانون اللبنانى بقولها « لا يسرى المنع الوارد فى المادتين ٦٦ و٦٧ أعلاه على الاسطح وعلى النوافـــذ المفتـــوحة على

---

(١) فى هذا المعنى حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ، بنـــد ٧٦ ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية ، ص ١٢٠ بند ٧٦ ، عبد المنعم فـــرج الصدة ، بند ٩٤ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٣٧ .

وفى رأى آخر لا محل للتقيد بالمسافة القانونية اذا كان ملك الجار محوطا بسور أصم لامتناع النظر الى ملك الجار ، حتى اذا ما هدم السور أمكن للجار المطالبة بسد المطل . أنظر فى هذا الراى : اسماعيل غانم ، بند ٤٦ ، محمد على عرفة ، بند ٢٥٦ ، شفيق شحاته ، بند ٢٣٨٣ ، السنهورى ، بند ٤٧٧ . وأنظر فى نقد هذا الراى : منصور مصطفى منصور هـ ١ ص ٩٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن تحريم البناء على أقل من المسافة القانونية لا ينظر فيه الى كون البناء على أقل من المسافة القانونية يحدث ضررا بالفعل أو لا يحدث ذلك (نقض مدنى ١٩٤٨/١/١٥ ، مجموعة عمر ، ٥ ، رقم ٢٥٨ ص ٥٢١) .

(٢) فى هذا المعنى ، نقض ١٩٣٧/٣/١٨ ، مجموعة عمر ، ٥ ، رقم ٤٤ ، ص ١٣١ .

الطرقات العمومية ، كما نصت عليه المادة ٨٢٠ مصرى الخاصة بالمطل المنحرف بقولها « ولكن يرتفع هذا الحظر اذا كان المطل المنحرف على العقار المجاور هو فى الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام » .

فاذا فتح المطل دون مراعاة للمسافة القانونية كان للجار أن يطلب سده [1] . ولكن يجوز للقاضى فى هذه الحالة أن يكتفى بتحويله الى منور بسد الجزء الاسفل منه ، بحيث تصبح قاعدته أعلى من الارتفاع الذى يحدده المشرع اللبنانى أو أعلى من قامة الانسان فى القانون المصرى اذ المناور ، كما سبق القول ، لا يشترط فى فتحها التقيد بمسافة معينة .

على أنه يراعى أنه اذا فتح المطل دون تقيد بالمسافة القانونية واستمر هذا الوضع مدة التقادم المكسب ، اكتسب المالك بذلك حق ارتفاق بالمطل على ملك الجار فى القانون المصرى على الاطلاق وفى القانون اللبنانى فى الحدود التى يعمل فيها التقادم [2] . ويترتب على ذلك أنه لايمكن سدالمطل، ويتحتم على الجار أن يراعى المسافةالقانونية عند البناء فى ملكه أو فتح مطلات فيه ، وذلك بأن يترك بينه وبين ظهر الحائط الموجود فيه المطل المكتسب بالتقادم مسافة مترين فى القانون اللبنانى ومتر فى القانون

---

(١) نقض ١٩٤٨/١/١٥ ، مجموعة عمر ١٤٦ ، ٥ ، رقم ٢٥٨ ، ص ٥٢١ .

(٢) يلاحظ أن التقادم لايعمل فى لبنان بالنسبة للأراضى الممسوحة (م ٢٥٥ من قانون الملكية العقارية) . ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف لبنان الجنوبى بتاريخ ٢٣ كانون سنة ١٩٥٧ (مشار اليه فى ميشال الخورى وشاهين حاتم ، جـ ١ ، بند ٩٧) بامكان اكتساب ارتفاق المطل بالتقادم على الاراضى الممسوحة على أساس أن فتح المطلات لا يخضع للقيد فى السجل العقارى . غير أن الذى لا يخضع للقيد فى السجل العقارى هو المطل القانونى دون المطل غير القانونى (الاتفاقى) وعلى ذلك فالمطل غير القانونى (الاتفاقى) يخضع للقيد فى السجل العقارى ومن ثم فلا يمكن اكتسابه بالتقادم الا اذا كان واردا على أرض غير ممسوحة . وقد قضت محكمة بيروت الابتدائية فى ٢٠ كانون الاول سنة ١٩٤٩ وفى ٢٦ تشرين الثانى سنة ١٩٤٨ (مشار اليهما فى الفقرة ١٨ من المرجع السابق) .

المصرى اذا كان بناؤه أصما وأربعة امتار فى القانون اللبنانى ومترين فى القانون المصرى اذا كان فى بنائه مطل ، فى حالة كون المطل المكتسب بالتقادم مطلا مواجها ، ونصف متر اذا كان البناء أصما ومتر اذا كان فى البناء مطل فى كلا القانونين فى حالة كون هذا المطل منحرفا • وقد نصت المادة ٢/٨١٩ من التقنين المصرى على ذلك بقولها : « واذا كسب أحد بالتقادم الحق فى مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن متر ، فلا يحق لهذا الجار أن يبنى على أقل من متر يقاس بالطريقة السابق بيانها ، وذلك على طول البناء الذى فتح فيه المطل » • وقد صرحت المذكرة الايضاحية لهذا القانون بوجوب الأخذ بهذا الحل أيضا فى المطل المنحرف اذا ما كسب بالتقادم • ورغم عدم وجود نص فى القانون اللبنانى فيجب الاخذ بهذه النتيجة باعتبارها من مقتضيات اكتساب الارتفاق غير القانونى بالتقادم •

ولكن يشترط لذلك بالطبع أن يتضمن فتح المطل معنى التعدى على ملك الجار بتحميله عبئا استثنائيا بالمطل دون تقيد بالمسافة القانونية • لذلك فانه اذا كان فتح المطل دون تقيد بالمسافة القانونية على حائط أصم أو أرض فضاء أو بناء مملوك لقريب ، فان صاحب المطل لا يكتسب حق ارتفاق بالمطل مهما طالت المدة ، لان فتح المطل فى هذه الظروف يحمل محل التسامح أو العفو من جانب الجار وليس محمل التعدى •

المبحث الثانى

نطاق الملكية والمصلحة العامة

٩٤ ــ اذا كانت الوظيفة الاجتماعية للملكية تقتضى تطويع سلطات المالك لمقتضيات المصالح الخاصة المشروعة ، كما رأينا ، فانها ــ من باب أولى ــ تقتضى تطويع هذه السلطات لمقتضيات المصلحة العامة • بل ان هذا الميدان الاخير ينكمش فيه نطاق سلطات المالك ــ فردا كان أو شخصا من اشخاص القانون العام أو مشروعا عاما ــ كصاحب حق ذاتى ، وتتصل

فيه الوظيفة الاجتماعية للملكية الى منتهاها • وفى هذا الميدان أيضا يظهر القانون العام بتنظيماته الادارية المختلفة فيطبع الملكية بطابع جديد غير مألوف فى أنظمة القانون المدنى ، بمعناه التقليدى [1] • وقد أشارت المادة ٦٣ من قانون الملكية العقارية اللبنانى الى هذه التنظيمات عندما نصت على أن « الارتفاق القانونى العائد للمنفعة العمومية ••• هو محدد فى القوانين والانظمة الخاصة » كما اشارت اليها المادة ٨٦٠ من القانون المدنى المصرى عندما نصت على أنه « على المالك أن يراعى فى استعمال حقه ما تقضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة ••• » •

ومهما تنوعت تطبيقات الوظيفة الاجتماعية للملكية فى هذا الشأن فانه يمكن ردها الى قيود يفرضها حسن أداء الخدمات العامة التى يضطلع بها المجتمع قبل أفراده ، وهى ما يعرف فى بعض الاحيان بارتفاقات المصلحة العامة أو الارتفاقات الادارية ، وأخرى تتعلق بالمحافظة على الثروة القومية وتنميتها •

المطلب الاول : نطاق الملكية والقيود المتعلقة بالمصلحة العامة •

المطلب الثانى : نطاق الملكية والثروة القومية •

المطلب الاول

نطاق الملكية والقيود المتعلقة بالمصلحة العامة

٩٥ — تتعدد القيود المفروضة على سلطان المالك وتتشعب فى التشريعات واللوائح المختلفة الى درجة يصعب معها حصرها أو تصنيفها • ومن أمثلة هذه القيود القيود المتعلقة بالبناء ، كضرورة الحصول على ترخيص بالبناء وضرورة مراعاة مواصفات معينة فى بعض المبانى (كالمبانى المقلقة

---

(١) Marty et Raynaud, op. cit., No. 299

للراحة والمضرة بالصحة والخطرة ، ومبانى العزب والالات البخارية) ، وقواعد تقسيم الاراضى المعدة للبناء ، والقيود المفروضة على المبانى المتصلة بالطريق العام ، والقيود المتعلقة بالصحة العامة كردم البرك والمستنقعات ، والقيود المتعلقة بنقل القوى المحركة أو بالمواصلات التليفونية والبرقية ، كالسماح بمد أسلاك الكهرباء وأنابيب البترول والغاز وأسلاك التليفون والتلغراف ، والقيود الناشئة عن جوار بعض الاماكن المعينة ، كما فى منع الملاك المجاورين للأماكن العسكرية من اقامة مبان على مسافة معينة وفى تقييد ارتفاع المبنى فى مناطق رؤية الفنارات وعلامات الملاحة الاخرى ، والقيود المتعلقة بالاشغال العامة ، كالاستيلاء المؤقت على عقارات الافراد ... الخ [1] .

ويتضح مما تقدم أن هذه القيود ـ على تنوعها ـ اما أن تقتصر على تقييد المالك فى الانتفاع بملكه فتأخذ طابعا سلبيا ، كمعظم القيود المتعلقة بالبناء ، واما أن تتجاوز ذلك الى الزام المالك بعمل معين فتأخذ طابعا ايجابيا كما فى ردم البرك والمستنقعات ، واما أن تصل الى حد تخويل الادارة الحق فى استخدام الشىء المملوك ، كما فى الاستيلاء المؤقت [2] .

٩٦ ـ وقد ثار الخلاف حول طبيعة هذه القيود . فنصوص القانون الفرنسى تخلع عليها وصف الارتفاقات . وكذلك المشرع اللبنانى يخلع عليها هذا الوصف اذ تنص المادة ٦٣ من قانون الملكية العقارية على أن « الارتفاق القانونى العائد للمنفعة ، سواء أكانت الغاية منه التمكن من الوصول الى شواطىء البحر وضفاف مجارى المياه ، أو تأمين أو تسهيل مهمة اعداد المسالك أو المنشآت العمومية والعناية بها أو استعمالها ، وعلى الاخص المنشآت العسكرية البرية والبحرية ، هو محدد فى القوانين

---

(١) فى محاولة تعداد هذه القيود وتصنيفها أنظر زهدى يكن ، المرجع السابق ، جـ ٢ ، بند ٣٠٧ ، محمد كامل مرسى ، بند ٢٢١ وما بعده وانظر ايضا لنفس المؤلف
De l'étendue du droit de propriété en Egypte, op. cit., p. 153, et ss.

(٢) زهير جرانة ، ص ٢٥٢ .

والانظمة الخاصة » • ولكن جانبا كبيرا من الفقه يرفض الاعتراف لها بهذه الصفة ، حتى من يسلم منه بها بالنسبة لقيود الملكية المفروضة للمصلحة الخاصة (١) • فحق الارتفاق كما خلصنا اليه هو عبء يتقرر لصالح عقار معين على عاتق عقار آخر ، فيثقل العقار المرتفق به دون صاحبه ويقوم لصالح العقار المرتفق دون مالكه • وهذا التحديد لحق الارتفاق يباعد بينه وبين القيود المفروضة على الملكية للمصلحة العامة •

فالقيود المفروضة على الملكية للمصلحة العامة لا تفترض وجود عقار مرتفق ، اذ الفرض أنها مفروضة للمنفعة العامة وليس لمصلحة عقار ، والمستفيد من هذه القيود هم الاشخاص العامة التى تفرض (٢) لصالحها أو حتى مجرد الافراد العاديين فى كثير من الاحيان (٣) •

والقيود المفروضة على الملكية للمصلحة العامة ان كانت تفرض بالفعل على عقار أو بمناسبته ، فانها مع ذلك تتضمن عنصرا شخصيا يخفف من طبيعتها العينية ويباعد بينها وبين حقوق الارتفاق • ويتمثل هذا العنصر فى ارتباط القيد بشخص صاحب العقار المفروض عليه بحيث لا يجوز له فى الغالب من الاحيان التخلص منه بالتخلص من عقاره ، بعكس الحال فى حقوق الارتفاق حيث يجوز دائما التخلص منها بالتخلى عن العقار المفروضة عليه •

وتطبيقا لذلك رفضت محكمة النقض الفرنسية (٤) — فى حالة شخص أقام بناء دون الحصول على الترخيص اللازم — أن تجيب جارا الى طلب

---

(١) راجع فى هذا الصدد :
Marty et Raynaud, op. cit., No. 144 et 308.

(٢) محمد على عرفة ، بند ١٣ ، محمد كامل مرسى ، بند ٢٢٢ .

(٣) Marty et Raynaud, ibid.

(٤) الدائرة المدنية ٩ يونية ١٩٥٩ مشار اليه فى Marty et Raynaud هـ ٥ ص ١٦٤ .

هدم البناء لان « الارتفاقات الادارية » ليس لها من الاثر سوى الاجبار على مراعاة القواعد المتعلقة بالمصلحة العامة ولا تهدف الى خدمة العقار الذى قد يستفيد منها بصفة تبعية كنتيجة للمصلحة العامة التى تقوم عليها هذه الارتفاقات » • كذلك قضت محكمة التمييز اللبنانية بأن ضبط المخالفات بشأن قوانين البناء والتنظيم يعود الى الموظفين الذين تعينهم هذه القوانين ، وأن هذه القوانين لا تتعلق الا بتحديد حقوق وموجبات الافراد فى علاقتهم بالدوائر ذات الاختصاص ، أما الحقوق والموجبات بين الافراد فقد حددها قانون الملكية العقارية والقوانين الاخرى المماثلة المتعلقة بالعقارات • فاذا طلب أحد الافراد ازالة قسم من البناء انشىء خلافا للرخصة دون أن يثبت أن خصمه خالف قوانين الملكية العقارية والحق به ضررا من جراء هذه المخالفة فانه لا يكون ذا صفة فى الادعاء [1] •

ويذهب رأى آخر الى أن القيود المفروضة على الملكية للمصلحة العامة ان كانت لا تستحق كلها وصف حقوق الارتفاق فان منها ما يستحق فعلا هذا الوصف • ذلك أنه يجب التمييز فى هذا الصدد بين الاعباء التى تفرض على بعض العقارات لخدمة عقارات أخرى معينة من الاشياء العامة ، كالقيود المفروضة لخدمة الطرق العامة أو لخدمة بعض المرافق كالمناطق العسكرية ، وبين الاعباء التى تفرض على بعض العقارات لاعتبارات مختلفة من النفع العام دون أن ترمى الى خدمة عقار معين من الاشياء العامة ، كالاستيلاء المؤقت [2] • فالاولى وحدها يتوافر لها عناصر الارتفاق وتستحق وصف الارتفاقات الادارية ، أما الاخرى فلا تستحق هذا الوصف • ويذهب هذا الرأى الى أن انكار وصف الارتفاق على القيود المفروضة على الملكية العامة يرجع فى الواقع الى هذا الخلط بين الارتفاقات بالمعنى الدقيق وبين القيود الاخرى المفروضة للمصلحة العامة •

---

(١) تمييز ١٠ شباط سنة ١٩٦٧ ، المحامى ، ١٩٦٧ ، ص ٢٣ •

(٢) محمد زهير جرانة ، ص ٢١٧ وما بعدها •

وأيا ما كان الرأى فان الاعتراف لقيود المصلحة العامة ، كلها أو بعضها ، بصفة الارتفاق ، من شأنه أن يعزز الحماية المقررة لها ، وأن يتيح للمستفيد منها بصفة خاصة التعويض عن التعدى عليها ، وممارسة الدعاوى العينية التى تحميها (١) .

٩٧ — وارتفاقات المصلحة العامة ، كما قلنا ، ذات طبيعة ادارية واضحة، حتى أنها تعرف احيانا بالارتفاقات الادارية . هذه الطبيعة الادارية تظهر فى انشائها كما تظهر فى ممارستها . فعندما يقتصر القانون على تقرير انشاء ارتفاق معين للمصلحة العامة دون أن يحدد العقارات التى تخضع له أو دون أن يحدد آثاره ، فان مثل هذا التحديد وذاك يصدر به قرار ادارى ، ومن ثم اذا ثار خلاف حول اجراءاته أو مدى مطابقته للقانون فان الفصل فى هذا الخلاف يكون من اختصاص القضاء الادارى . كذلك فان الذى

---

(١) تنفرد الاشياء العامة — من حيث هى مخصصة للمنفعة العامة — بامكان انتفاع الافراد بها فيما هى مخصصة له.فلكل من أصحاب العقارات المجاورة للطرق العامة مثلا الانتفاع بها فى المطل عليها والمسيل فيها والنفاذ اليها ، ولكل مالك استعمال الترع العامة والانهار فى رى أرضه وفقا للوائح الخاصة بذلك . ويثور التساؤل عما اذا كانت هذه الاوجه من الانتفاع بالاشياء العامة فيما هى مخصصة له من المنفعة العامة يعطى للاشخاص عليها حقوقا أم مجرد رخص ، واذا كانت حقوقا فهل هى حقوق شخصية أم حقوق عينية يصح اعتبارها من قبيل حقوق الارتفاق . وقد استقر القضاء الفرنسى منذ البداية على اعتبار هذه المنافع من قبيل الحقوق ، وان كان قد تطور من اعتبارها حقوقا عينية تخول التتبع فى مواجهة الادارة الى اعتبارها حقوقا من نوع خاص تتمتع بملامح الحقوق العينية دون سلطة التتبع ، الى اعتبارها أخيرا مجرد حقوق شخصية تتحول الى تعويض عند اخلال الادارة بها (راجع فى تحليل هذا القضاء : محمد زهير جرانه ، ص ٢٣٧ وما بعدها والمراجع المشار اليها فيه) . أما فى مصر فقد ذهب القضاء المختلط الى اعتبار حق استعمال الترع العمومية حق ارتفاق وارد على شىء عام ، وعوض صاحبه على هذا الاساس عن ردم الترعة العامة أو حبس المياه مؤقتا عنها ، ولكنه تردد فى تكييف منافذ التطرق من اعتبارها حقوق ارتفاق الى اعتبارها مجرد رخص لا يمكن التعويض عن المساس بها . وأما المحاكم الاهلية فقد رأت فى منافذ التطرق حقوقا ، الا أنها تحاشت وصف هذه الحقوق أو تحديد طبيعتها (راجع الاحكام المشار اليها فى محمد زهير جرانة ، ص ٢٦٣ وما بعدها) .

يمارس الارتفاق من الناحية المادية هم أصلا الاشخاص الاعتبارية العامة فتكون المسئولية التى قد تنتج عن أعمالها من اختصاص القضاء الادارى ما لم تكن هذه الاعمال من أفعال الغصب فتختص بها المحاكم القضائية وفقا للقواعد العامة •

وصفة المنفعة العامة للارتفاق تجعل هذا الارتفاق من النظام العام ، وتمنع امكان قيام استثناء عليه ، سواء بعمل منفرد من جانب الادارة أو بالاتفاق بينها وبين أصحاب الشأن ، ما لم يسمح بذلك نص القانون المنشىء للارتفاق ، على الخصوص فيما يتعلق بوعاء الارتفاق • وتعلق الارتفاق بالنظام العام هو الذى يفسر أيضا امتناع التخلص منه عن طريق التخلى عن العقار المتعلق به ، فى أغلب الاحيان •

المطلب الثانى

نطاق الملكية والثورة القومية

٩٨ — رأينا ما تمثله الاشياء المختلفة من أهمية بالنسبة للمجتمع ، وكيف أن هذه الاهمية تقتضى منه فرض رقابة على استثمارها وتوزيع ناتجها أيا ما كان المالك لها • هذه الرقابة توجد فى جميع التشريعات الحديثة ولكنها تبلغ أقصى مداها فى النظام الاشتراكى حيث يخضع الانتاج والتوزيع للتخطيط الشامل ، وحيث يخضع للخطة كل من الملكية العامة والملكيات الخاصة •

وتتمثل هذه الرقابة من ناحية فى تنظيم الانتاج بأنواعه المختلفة ، كما هو الحال فى تحديد المساحات التى تزرع من المحاصيل المختلفة وفى التدابير الواقية للمحاصيل الزراعية من الآفات وفى تجميع الاستثمار الزراعى والدورة الزراعية ، كما تتمثل هذه الرقابة من ناحية أخرى فى تحديد علاقة المالك بغيره من مستأجرين وعمال وعملاء ، كما هو الشأن فى القوانين المتعلقة بتمديد الايجار بقوة القانون وتحديد الاجرة ، أو

المحددة لاجر العامل وحقوقه المختلفة ، أو المتعلقة بتحديد أثمان السلع المختلفة • ولن نعرض لهذه التنظيمات المختلفة ، فبعضا يرد فى تشريعات متغيرة متفرقة يصعب تجميعها ، وبعضها محل دراسة تفصيلية فى أماكن أو فروع أخرى من فروع القانون ، كما هو الان فى تشريعات الايجار وفى تشريع العمل • ونكتفى فى هذا الصدد ببيان مدى امتداد ملكية الارض الى ما فوقها وما تحتها لنتبين كيف اقتضت حماية الثروة القومية انتزاع بعض العناصر التى كان من المفروض أن تمتد اليها الملكية الفردية لتصبح ملكا للدولة •

امتداد ملكية الشىء الى ثماره ومنتجاته وملحقاته :

٩٩ — اذا كان نطاق الملكية يتحدد بالشىء الواردة عليه ، فمن البديهى أن تمتد هذه الملكية الى كل عناصر هذا الشىء الجوهرية باعتبارها أجزاء من الشىء محل الملكية ، فيمارس المالك حقه عليها بناء على نفس السبب الاصلى لملكيته • فمالك البناء مثلا يملك جميع الاجزاء المكونة له من جدران وأسقف وأرضيات وشبابيك وأبواب ••• وقد نصت المادة ٨٠٣ من التقنين المدنى المصرى على ذلك بقولها : « **مالك الشىء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير** » •

كذلك فان ملكية الشىء تمتد الى ثماره ومنتجاته وملحقاته • وقد عرفنا المقصود بالثمار والمنتجات • وتمتد الملكية الى الثمار بمقتضى سلطة الاستثمار ، وتمتد الى المنتجات باعتبارها أجزاء من الشىء الواردة عليه الملكية • أما الملحقات فيقصد بها بصفة عامة كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشىء أو للتمتع به وعلى أى وجه كان ، طبقا لما تقضى به طبيعة الاشياء أو العرف • فاذا ما ثبتت ملكية الشخص لشىء معين كان ذلك قرينة على ملكيته لكل ثماره ومنتجاته وملحقاته • ولكن هذه القرينة تقبل اثبات العكس ، فيجوز أن يقام الدليل بداهة على أن الثمار أو المنتجات أو الملحقات ملك لشخص آخر غير المالك • وقد أشارت المادة ٣٨ من قانون الملكية العقارية اللبنانى الى هذا الوضع بتنظيمها لحق السطحية

اذ تنص على أن « السطحية هو حق المالك فى ابنية أو منشآت أو أغراس قائمة على أرض هى لشخص آخر » • كذلك نصت المادة ٨٠٤ من التقنين المدنى المصرى على ذلك بقولها : « لمالك الشىء الحق فى كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك » •

واذا كان تحديد نطاق الملكية ، يبدو على هذا النحو ميسورا ، فان الصعوبات لا تلبث أن تثور بصدد ملكية الارض • فالارض تفترض سطحا معينا يوجد فوقه علو ويوجد تحته عمق ، فالى أى حد تمتد الملكية الى هذا العلو أو العمق ؟

امتداد ملكية الارض الى العلو والعمق :

١٠٠ — تشمل ملكية الارض ملكية العلو والعمق • ومرجع ذلك أن ملكية سطح الارض منفصلا عن العلو أو العمق تعتبر عديمة الفائدة ، اذ لا تمكن من أى وجه من أوجه الانتفاع بالرض • وقد نصت المادة ١٣ من قانون الملكية العقارية فى لبنان على هذه القاعدة بقولها « تشمل ملكية الارض ملكية ما فوق سطح الارض وما تحته ، وعليه فان لمالك الارض أن يغرس فيها ما يشاء من الاغراس وأن يبنى مايشاء من الابنية ، وأن يجرى فيها حفريات ••• » ، كما قررتها المادة ٢/٨٠٣ من القانون المدنى المصرى بقولها « ملكية الارض تشمل ما فوقها وما تحتها الى الحد المفيد فى التمتع بها علوا أو عمقا » •

وملكية العلو هى التى تمكن المالك من البناء أو الغراس فى أرضه أو مد الاسلاك فوقها على نحو ما يبينه النص اللبنانى صراحة ، وهى التى تمكنه من منع الآخرين من مثل هذا البناء أو الغراس أو من مد مثل هذه الاسلاك ، والمطالبة بازالة ما يقوم به الغير من ذلك دون رضاه • ويذهب القانون اللبنانى فى مادته الثالثة والسبعين الى أبعد من ذلك فيخول المالك الحق فى القيام بنفسه بقطع ما يعلو أرضه من أشجار الجار ، خلافا للمبدأ المقرر من عدم اقتضاء الشخص حقه بنفسه ووجوب الالتجاء الى

القضاء فى هذا الشأن • ولكن لما كان هذا الحكم حكما استثنائيا على هذا النحو فيجب قصره على الحالة التى ورد بشأنها وهى قطع فروع الاشجار دون غيرها مما قد يقيمه الغير من بناء أو غيره فى أرض جاره • أما النص المصرى فلا يوجد فيه استثناء من المبدأ العام فى وجوب الالتجاء الى القضاء للاستحصال على الحق •

وملكية العمق تعنى فى الاصل تخويل مالك الارض أن يستخرج من جوفها الاحجار والمعادن والاتربة ، وأن يمد فيه ما يشاء من آنابيب وأسلاك ، وأن يقيم فيه ما يشاء من منشآت وأنفاق وممرات ، وأن يحفر فيه ما يلزم من آبار • و اذا كانت مثل هذه المكنات تثبت لمالك الارض ، فمعنى ذلك أنه يستطيع أن يمنع الغير منها ، ويستطيع المطالبة بازالة كل ما قد يقوم به الغير من ذلك دون رضاه • فله مثلا أن يطالب بقطع جذور الاشجار التى تمتد فى باطن أرضه أو بهدم ما قد يمده الغير فيها من منشآت [1] •

ولقد كان الفقه القديم يذهب فى تفسير هذا الوضع الى القول بأن مالك الارض يملك طبقة الهواء التى تعلو أرضه وتمتد ملكيتهللارض عمقا الى ما لا نهاية • وقد أخذ على هذا الرأى صبغته النظرية من حيث أن الملكية لا يتصور ممارستها على أبعد من ارتفاع أو عمق معين وأن الحقوق لا تعطى للافراد الا للتمتع بها ، فاذا لم يكن هناك وجه متصور للانتفاع بالشىء لا يصبح هناك محل لتقرير حق الملكية عليه • لذلك يذهب الفقه فى ظل الاتجاه الاجتماعى الحديث وحيث برزت الوظيفة الاجتماعية للملكية ، الى تحديد ملكية العلو أو العمق بالحد الممكن الانتفاع به ، بحيث لا تكون هناك ملكية أو استئثار فيما وراءه • وقد أخذ المشرع المصرى بهذا النظر فنص فى المادة ٢/٨٠٣ على أن « ملكية الارض تشمل ما فوقها وما تحتها الى الحد المفيد فى التمتع بها ، علو أو عمقا » •

---

(١) فى هذا المعنى : طنطا الكلية ١٩٢٦/٢/٩ ، المحاماة ، ٦ ، رقم ٣٠٤ ص ٤٣٥ . على أنه يلاحظ أن هذا الحكم يذهب الى ابعد من ذلك فيخول المالك أن يقوم بنفسه بقطع جذور الاشجار على نحو ما يقضى به المشرع الفرنسى فى هذا الشأن بالرغم من عدم وجود نص مماثل فى التشريع المصرى

أما المشرع اللبناني فلم يورد نصا مماثلا لنص المشرع المصرى مما يوحى بأن مالك الارض فى التشريع اللبنانى يملك ما فوقها وما تحتها الى ما لا نهاية ودون تحديد بارتفاع أو عمق معين ، خاصة وأن المادة ٢٣ من قانون الملكية العقارية اللبنانى تقضى بان لمالك الارض « ... أن يجرى فيها حفريات الى أى عمق يشاء ... ». ومع ذلك فيمكن الاستناد الى المبدأ العام فى عدم التعسف فى استعمال الحق الذى تقرره المادة ١٢٤ من قانون الموجبات والعقود للقول بتحديد ملكية العلو والعمق بالحد المفيد فى التمتع بكل منهما . فهذا المبدأ يقضى بوجوب عدم مجاوزة الفرض الذى من أجله منح الحق ، وهذه المجاوزة تتحقق اذا لم يوجد وجه متصور للتمتع بالشىء ، مما يفيد وجوب الوقوف بحق الملكية فيما يتعلق بالعلو والعمق عند الحد الذى يحقق مثل هذا التمتع فحسب .

انفصال العلو او العمق عن ملكية الارض :

١٠١ ــ اذا كانت ملكية الارض تشمل فى الاصل الحق فى استعمال العلو أو العمق على النحو السابق ، فمن الممكن انسلاخ هذا أو ذاك عنها . فقد يترتب للغير حق فى البناء أو الغراس على هذه الارض بنص فى القانون أو بتصرف قانونى . وقد يكون لشخص غير مالك الارض حق معين على بعض عناصر العمق . وقد عبر المشرع المصرى عن المعنى السابق بنصه فى المادة ٣/٨٠٣ على أنه « يجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية السطح منفصلة عن ملكية ما فوقها أو تحتها » . وقد تضمن مشروع التقنين المدنى المصرى مثل هذا النص مع استبدال لفظ « العمل القانونى » بلفظ « الاتفاق » لان العمل القانونى أعم فى الدلالة على معنى الارادة .

ومقتضى ذلك أن ملكية الارض تعتبر قرينة على ملكية العلو ، ولكنها قرينة بسيطة يمكن اقامة الدليل على عكسها ، باثبات أن القانون أو مالك الارض قد خول الغير عنصرا أو أكثر من عناصر العلو أو العمق (١) .

---

(١) فى هذا المعنى : نقض مدنى ١٩٤٠/٥/٢٣ ، مجموعة عمر ، ٣ رقم ٦٣ ، ص ٢١٦ ، نقض مدنى ١٩٠٥/١١/٣ ، مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما ، ٢ ص ٩٩٠ .

ملكية المناجم والمحاجر :

١٠٢ ــ على أنه اذا كانت ملكية العمق الى الحد المفيد فى التمتع به تخول المالك الاستئثار بما فى باطن الارض ، فقد نظم المشرع اللبنانى استثمار المناجم والمقالع والمحاجر واخرجها المشرع المصرى كلية من نطاق الملكية الخاصة واعتبرها من أملاك الدولة• ومرجع ذلك ما تقتضيه مصلحة الاقتصاد القومى من هيمنة الدولة على هذه المواد التى باتت من الاسس التى يرتكز عليها بناء الاقتصاد القومى ، خاصة وأن وجودها فى أرض يملكها أحد الافراد انما هو من عمل الطبيعة لا فضل لمالك الارض فيه •

١٠٣ ــ وفى لبنان يفرق المشرع بين المناجم وبين المقالع • ويقصدبالمناجم فى القانون اللبنانى المكامن الطبيعية المحتوية على المواد المعدنية • وقد قسم المشرع هذه المواد الى فئات سبع : الحجارة الثمينة والمعادن الثمينة ، المواد المعدنية مثل الحديد والكروم والمنغنيز والنيكل والزرنيخ والنحاس والتوتيا والرصاص والاثمد والقصدير والزئبق ، النيترات والفوسفات والاملاح القلوية والبورات والاملاح ، المحروقات المستخرجة من الارض كالفحم الحجرى والخشب المتفحم ، أنواع الاسفلت والحمر والشست الحمرى ، أنواع الهدروكربور المائية والغازية، المواد المعدنية التىلاتدخل فى احدى الفئات السابقة كالكبريت والغرافيت والاميانت وأنواع التراب النادرة (م ٣ من القرار رقم ١١٣ الصادر فى ١٩٣٣/٨/٩) • وقد حرص المشرع بعد تعداده لهذه الاقسام أن ينبه الى أن هذا التعداد لم يرد على سبيل الحصر وانما لمجرد التمثيل • أما المقالع فقد عرفها المشرع بأنهاالمكامن الطبيعية لمواد البناء من جميع الانواع ما عدا الرمل والحصى التى تستخرج من مجارى الماء أو من شاطىء البحر ، والمكامن الطبيعية لمواد تحسين أراضى الزراعة ، ومناجم الفحم النباتى الاصل (م ٢ من القرار سالف الذكر و م ٢ من القرار رقم ٢٥٣ ل•ر• بتاريخ ١٩٣٥/١١/٨) •

فأما المناجم فيحكمها نظام المناجم الصادر به القـرار رقم ١١٣ فى ٩/٨/١٩٣٣ المعدل بالمرسوم الاشـتراعى رقم ١١٣ فى ٩/١٠/١٩٤١ وبالقانون الصادر فى ٧/٨/١٩٦١ • وبمقتضى هذا القانون يمكن الحصول على حق استثمار منجم من المناجم بموجب رخصة استثمار أو بموجب امتياز ، وتمنح هذه الرخصة أو الامتياز بناء على رخصة تنقيب أو على أثر مزايدة عمومية (م ٤) •

ورغم أن الدولة هى التى تستأثر على هذا النحو بمنح رخص التنقيب والامتياز فقد حرص المشرع على حماية حق صاحب الارض فى الحـدود التى لا تعطل استثمار المنجم • لذلك فقد نصت المادة ١٠٧ من القـانون على أنه لا يحق لصاحب الرخصة أو الامتياز بدون رضى صريح من مالك الارض أن يشغل أراضى كائنة ضـمن الاملاك المسـورة والاحـراش والبساتين ، ولا يجوز له أن يحفر الآبار والدهاليز على مسافة تقل عن ٥٠ مترا من بيوت السكن ومن الارض المسور عليها اللاصقة بها بـدون رضى صاحب هذه المساكن • ولكن المادة ١١٠ من القانون نصت على أنه يحـق لصاحب الرخصة أو الامتياز أن يشغل الاراضى الخصوصية الواقعة ضمن المنطقة وعلى جوانبها اذا ثبت لرئيس دائرة المناجم أنه لا غنى عنها لعمله ، فاذا رفض صاحب الارض فلا يمكن استعمال هذا الحق الا بناء على أمر بمرسوم يصدر بعد استماع أصحاب الشأن وبعد أن يودع صاحب الرخصة أو الامتياز ضمانة تعيين قيمتها فى المرسوم المذكور بناء على اقتراح رئيس ادارة المناجم • وقد أضافت هذه المادة أنه يكون لصاحب الارض الحق فى تعويض يعادل ضعفى دخل الارض المشغولة الصافى يدفع مسبقا فى ابتداء كل سنة من اشغال الارض ، واذا طالت مدة الاشغال أكثـر من سنة أو جعلت الارض فى حالة لا يمكن معها حرثها أو استعمالها كما فى الماضى ، فيحق لصاحبها أن يطلب أن تشترى القطع المشغولة مقابل مبلغ يعـادل ضعفى ما كانت عليه قيمة الارض فى التاريخ الذى حصل فيه اشغالها •

وتضيف المادة ١٠٩ لذلك أنه اذا كانت منطقة الرخصة أو الامتياز تشمل أراضى حرة من أملاك الدولة فيجوز لصاحب الرخصة أو الامتياز شـغل

القسم اللازم له منها والتصرف بالميـــاه أو قطع الاحراج بشرط مراعاة القوانين النافذة ، ومع دفع التعويض الذى يعين فى هذا الشأن •

أما المقالع ، فقد اعتبرها المشرع اللبنانى غير منفصلة عن ملكية الارض بحيث « تتبع شروطها ويمكن التنازل عنها أو تأجيرها أو بيعها » (م ٢ من القرار رقم ١١٣ فى ١٩٣٣/٨/٩ و م ٣ من القرار رقم ٢٥٣ ل٠ر٠ سالفى الذكر) • غير أن القرار ٢٥٣ ل٠ر٠ المذكور والمعدل بالمرسوم الاشتراعى رقم ١١٦ الصادر فى ١٩٥٩/٦/١٢ قد أخضع استثمار هذه المقالع لنظام خاص يسمى « نظام استثمار المقالع » • وبمقتضى هذا النظام ، يجب على كل شخص يريد أن يستثمر مقلعا واقعا فى أرض خصوصية ، حتى ولو كان هو مالك هذه الارض ، أن يقدم تصريحا الى قائمقام المنطقة الموجود فيها المقلع وأن يطلب ترخيصا فى الاستثمار (م ٤) وأن يدفع مقابل ذلك عوائد معينة (م ١٦) • كذلك يخضع فتح واستثمار المقالع من أمـــلاك الدولة لاخذ اجازة استثمار تمنحها الدولة لمدة معينة وترخيص بالاستثمار تعطيه دائرة النافعة فى الدولة (م ٨) ومقابل العوائد السابق الاشـــارة اليها (م ١٦) •

١٠٤ ــ أما فى مصر فقد قامت على تنظيم استثمار هذه المواد منذ سنة ١٩٤٨ عدة قوانين كان أخرها القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣ •

وتنص المـــادة الثالثة من هذا القانون على أنه : « يعتبر من أمـــوال الدولة ما يوجد فى المناجم من مواد معدنية فى الاراضى المصرية والميـــاه الاقليمية • وتعتبر كذلك من هذه الاموال خـــامات المحاجر عـــدا مـــواد البناء ــ الاحجار الجيرية والرملية والرمال ــ التى توجد فى المحاجر التى تثبت ملكيتها للغير » • ويتضح من هذا النص أن للمالك اســـتعمال العمـــق الاستعمال العادى للملكية بالبناء أو الحفر أو مـــد الانابيب الى غير ذلك ولكن ليس له استعمالها بأخذ ما يوجد فيها من مواد معـــدنية أو خامات المحاجر اذ تعتبر هذه الاخيرة ملكا للدولة بقوة القانون •

وقد حددت المـــادة الاولى من نفس القانون « المواد المعدنية » بأنها « المعادن وخاماتها والعناصر الكيماوية والاحجار الكريمة وما فى حكمهـــا والصخور والطبقات والرواسب المعدنية التى توجد على سطح الارض أو فى باطنها وكذلك المياه المعدنية الخارجة من باطن الارض اذا كان استغلالها بقصد استخراج مواد معدنية منها ولا تدخل فى ذلك الاملاح التبخرية التى تستخرج بطريق التبخر » ، وحددت « خامات المحـــاجر » بأنها « مواد البناء والرصف والاحجار الزخرفية وخامات المـــون والبلاط والاحجـــار الصناعية والدولوميت ورمال الزجاج وما يماثلها » •

وقد كان القانون رقم ٨٦ لســـنة ١٩٥٦ يراعى جانب مالك الارض فى البحث عن المعادن والاحجار واستثمارها ، فيجعل له الاولوية على الغير فى البحث عن المواد المعدنية والحجرية أو استثمارها ، ويعفيه من الايجـــار المقرر للحكومة فى مقابل الترخيص بالبحث عن المواد المعدنية (م ١٥/٢ و ٣) ، فاذا لم يقم بالبحث والاستثمار بنفسه وصدر الترخيص للغـــير بهذا البحث والاستثمار فيكون لمالك الارض نصف الايجار المقـــرر على هذا الغير نظير الترخيص (م ١٥/٥ و م ٣٢/٢) ، وينص على جـــواز اعفاء المالك المرخص له فى استثمار المحجر من دفع اتاوة الاســـتثمار وذلك فيما يتعلـــق بمواد البنـــاء اذا كان يســـتخرجها بقصد اســـتعماله الخاص (م ٣٢) •

ولكن القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣ قد أنهى تراخيص البحث وعقـــود استثمار المناجم ، وكذلك استثمار بعض المحـــاجر الممنوحـــة للقطـــــاع العام • فقد نصت المادة الاولى من هذا القانون على أن : « تنتهى تراخيص البحث وعقود استغلال المناجم وكذلك عقود اســـتغلال الجبس والرمال البيضاء الممنوحة للافراد أو شركات القطاع الخاص » • ونصت المـــادة الثانية على أن : « تؤمم الاصول المستخدمة فى الاستغلال وتؤول ملكيتها الى الدولة » • ونصت المـــادة السادسة على أن : « يرخص لوزير الصناعة فى اسناد استغلال المنـــاجم والمحاجر المشار اليها فى المـــادة الاولى الى شركات القطاع العـــام » •

على هذا النحو أصبح البحث عن المعادن فى المناجم واستثمار هـــذه المناجم فى مصر قاصرا على القطاع العام • أما بالنسبة للمحاجر فيجــوز الترخيص فى البحث عنها واستثمارها للافراد أو شركات القطاع الخاص ، فيما عدا محاجر الجبس والرمال البيضاء فتأخذ حكم المناجم •

ويلاحظ أن ما يوجد فى الارض من أشياء ذات قيمة أثرية لا يكـــون لمالكها وانما يعتبر من الاموال العـــامة ، وان كان لمن يعثر عليها الحصول على مكافأة معينة (القانون رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١) •

الباب الثالث

أوصاف الملكية

١٠٥ ـ يتناول المشرع اللبنانى أوصاف الحق فى القسم الاول من قانون الموجبات والعقود فيعرض للموجبات المختصة بعدة أشخاص (تعدد الدائنين والمدينين) فى الباب الثانى منه ، وللموجبات ذات المواضيع المتعددة فى الباب السادس ، وللموجبات الشرطية فى الباب التاسع ، وللموجبات ذات الاجل فى الباب العاشر ، دون أن يتعرض لهذه الاوصاف فى قانون الملكية العقارية الخاص بالحقوق العينية • كذلك يتناول المشرع المصرى أوصاف الحق فى القسم الاول من التقنين المدنى المتعلق بالالتزامات أو الحقوق الشخصية فيعرض لكل من الشرط والاجل وتعدد محل الالتزام أو الحق وتعدد أطرافه، دون أن يتعرض لهذه الاوصاف فى القسم الثانى منه المتعلق بالحقوق العينية •

وقد جرى الفقه بالفعل على تناول هذه الاوصاف فى دراسته لنظرية الموجبات أو الالتزام أو الحق الشخصى • غير أن المشرع اللبنانى تعرض للشيوع فى قانون الملكية العقارية ثم أعاد تنظيمه ضمن الكتاب التاسع من القسم الثانى من قانون الموجبات والعقود الخاص بالشركات ، كما أن المشرع المصرى قد تعرض بالتفصيل فى القسم الثانى من التقنين المدنى للشيوع ، فبين أحكامه ، ثم تعرض لبعض صور خاصة منه تتميز بعدم قابليتها للقسمة وتعرف بالشيوع الاجبارى • ومسلك المشرع اللبنانى أو المشرع المصرى فى شأن أوصاف الحق بصفة عامة وفى شأن الشيوع بصفة خاصة يثير التساؤل عما اذا كانت الملكية يمكن أن تكون موصوفة بوصفمن

الاوصـــاف الســابقة وما اذا كان الشـــيوع يعتبــر وصـــفا من آوصاف الملكيـــة ٠

على هذا النحو يقتضى تفصيل القول فى أوصاف الملكية التعرض لاوصاف الملكية بصفة عامة ، لتحديد الاوصاف التى يمكن أن ترد عليها ومدى تأثيرها فى أحكامها ، فاذا ما انتهينا الى تحديد الاوصاف التى ترد على الملكية والى أن الشيوع يعتبر أحد هذه الاوصاف ، كان علينا أن نعرض للتنظيم الذى خص به المشرع الشيوع كوصف للملكية سواء فى وضعه العـــادى أو فى صورته الخاصة التى يكون فيها اجباريا ، محيلين فى الاوصاف الاخرى الى موضع دراستها فى نظرية الالتزام أو الحق الشخصى ٠

الفصل الاول : أوصاف الملكية بصفة عامة ٠

الفصل الثانى : الشيوع العادى ٠

الفصل الثالث : الشيوع الاجبارى ٠

الفصل الأول

أوصاف الملكية بصفة عامة

أوصاف الملكية الواردة على الحق الشخصي :

١٠٦ — أول ما يلاحظ فى هذا الشأن هو أننا قد انتهينا الى أن الالتزام أو الحق الشخصي يتضمن فى الواقع حق ملكية اذا ما نظرنا اليه كقيمة مالية، بجانب علاقة المديونية بين الدائن والمدين • وعلى ذلك فملكية الحق الشخصى يمكن أن تكون موصوفة بوصف من الاوصاف السابقة اذا ما كان هذا الوصف يلحق الحق الشخصى فيما يتضمنه من قيمة مالية دون أن يقتصر على العلاقة بين الدائن والمدين • فيمكن أن تكون ملكية الحق الشخصى مقترنة بشرط أو مضافة الى أجل ، اذ الشرط يترتب عليه وجود الحق أو انقضاؤه والاجل يترتب عليه حلول الحق أو انتهاؤه • وبالمثل يمكن أن يتعدد محل الملكية فى الحق الشخصى فيكون تخييريا (alternatif) أو بدليا (اختيارى (facultatif)) • وأخيرا يمكن أن يتعدد أصحاب الحق الشخصى ، كما اذا كان الحق غير قابل للانقسام • أما تعدد المدين بالالتزام فهو لايلحق ملكية الحق الشخصى وانما يلحق علاقة المديونية التى يتضمنها هذا الحق وحدها ، اذ الملكية لا تنصرف الا الى القيمة المالية التى يتضمنها هذا الحق دون العلاقة المذكورة •

أوصاف الملكية الواردة على الشخص المعنوى :

٩٣ — واذا كانت الاوصاف السابقة تلحق ملكية الحق الشخصى ، فهل يمكن أن تلحق هذه الاوصاف أيضا ملكية الشخص المعنوى وفقا لما سبق

أن قلنا به من ورود الملكية على الشخص المعنوى ؟ من المتصور أن تكون نشأة الشخص المعنوى أو انقضاؤه مقترنة بشرط فتكون ملكيته مقترنة بهذا الشرط • كذلك يمكن أن تكون نشأة هذا الشخص مضافة الى آجل ، كما أن انقضاؤه يكون دائما مضافا الى مثل هذا الاجل • أما محل ملكية الشخص المعنوى فلايتصور بالعكس أن يكون تخييرياأو بدليا ، اذا الشخصالمعنوى — محل الملكية — لا يمكن أن يكون الا واحدا غير متعدد • وأما تعدد أصحاب الشخص المعنوى فهو الوضع فى ملكية الشخص المعنوى على الاقل كلما كان هذا الشخص شركة تفترض أكثر من شريك واحد •

اوصاف الملكية الواردة على الشىء :

١٠٧ — وبمثل ما استبعدنا تعدد المحل فى نطاق الملكية التى ترد على الشخص المعنوى ، فانه يمكن استبعاده من نطاق الاوصاف التى ترد على ملكية الاشياء • فهذه الملكية تبدأ بملكية لحق شخصى ولا تتحول الى ملكية للشىء الا بعد تعيين الشىء الذى يكون محلا لها تعيينا تاما ، مما يفترض سلفا قيام المتصرف باجراء الاختيار أو الابدال فى حالة كون ملكية الحق الشخصى موصوفة بوصف التخيير أو البدل •

وملكية الشىء قد تكون معلقة على شرط ، كما أنه من المتصور اضافتها الى أجل ، وقد يلحقها وصف تعدد أصحاب الحق كما هو الحال فى الشيوع •

الشرط :

١٠٨ — والشرط كما هو معلوم يلحق التصرف القانونى • فاذا كان التصرف القانونى الذى يلحقه الشرط ينقل ملكية شىء ، سواء كانت هذه الملكية ملكية تامة أو ملكية ناقصة ، فانه يصبح هناك حقان على هذا الشىء حتى يتحدد مصير الشرط المقترن بهذا التصرف • فاذا كان هذا التصرف بيعا ، وكان هذا البيع معلقا على شرط تعليق (شرط واقف) ، فان البائع يكون له على الشىء المبيع حق ملكية معلق على شرط الغاء (شرط فاسخ)،

والمشترى يكون له حق ملكية معلق على شرط تعليق (شرط واقف) على هذا الشيء • واذا كان البيع معلقا على شرط الغاء (شرط فاسخ) كان المشترى هو صاحب الملكية المعلقة على شرط الالغاء (الشرط الفاسخ) ، وكان البائع هو صاحب الملكية المعلقة على شرط التعليق (الشرط الواقف) •

على أن هذه الملكية المعلقة مآلها دائما الى الثبوت لاحد طرفى التصرف الناقل للملكية • فاذا لم يتحقق الشرط ثبتت الملكية للطرف الذى كانت ملكيته معلقة على شرط الغاء (شرط فاسخ) ، واذا تحقق هذا الشرط ثبتت الملكية بأثر رجعى للطرف الذى كانت ملكيته معلقة على شرط تعليق (شرط واقف)

ونجد وضعا مماثلا لهذا الوضع الناشيء عن الشرط فى حالة بطلان التصرف الناقل للملكية أو فسخه أو زواله ، نتيجة للاثر الرجعى للبطلان أو الفسخ أو الزوال •

كذلك نجد مثلا للملكية المقترنة بشرط فى بيع الوفاء الذى مازال صحيحا فى القانون اللبنانى بعد أن أبطله المشرع المصرى • وقد عرفت المادة ٤٧٣ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى هذا البيع بقولها « ان البيع مع اشتراط التام أن يعيد المبيع الى البائع مقابل رد الثمن » • ويعتبر هذا البيع بيع حق الاسترداد أو البيع الوفائى هو الذى يلتزم فيه المشترى بعد البيع معلقا على شرط الالغاء (شرط فاسخ) ، ويتمثل هذا الشرط فى حق البائع فى استرداد المبيع خلال المدة التى يتفق عليها فى العقد [1] •

ويلاحظ أن حق صاحب الملكية المعلقة على شرط الغاء (شرط فاسخ) يكون « حالا » ، ومن ثم يجوز له ممارسة سلطات الملكية من استعمال واستثمار وتصرف [2] • فاذا ما ثبتت له الملكية ، عند عدم تحقق الشرط ،

---

(١) أنظر فى هذا البيع : توفيق حسن فرج ، عقد البيع والمقايضة فى القانون اللبنانى ، ١٩٦٨ ، بند ٢٨٦ وما بعدها .

(٢) وقد قضت المادة ٤٧٦ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى بصدد بيع الوفاء على « أن المبيع وفاء يصبح بحكم البيع ملكا للمشترى على شرط الوفاء ، بمعنى أن المشترى يبقى مالكا له اذا لم يقم بالشروط المتفق عليها لاسترداده أما اذا قام بهذه الشروط فيعد البيع كأنه لم يخرج قط عن ملكية البائع » .

كان طبيعيا أن تظل صحيحة جميع الاعمال التى كان قد اتخذها أثناء تعليق ملكيته بناء على ما له من ســلطات باعتباره مالكا ، من قبض للثمار وادارة وتصرف • أما اذا زالت عنه الملكية بتحقق الشرط ، فان منطق الاثر الرجعى للشرط يؤدى الى زوال جميع ما يكون قد اتخذه من أعمال اســتنادا الى سلطاته باعتباره مالكا • ومع ذلك فان المالك تحت شرط الغاء (شرط فاسخ) الذى زالت ملكيته بأثر رجعى يظل محتفظا بالثمار التى قبضها ، كما تظــل صحيحة أعمال الادارة الصادرة منه (م ٩٧ و ٩٩ موجبات لبنانى / م ٢١٩ /٢ مدنى مصرى) ، وكذلك أعمال التصرف اذا كان المتصرف اليه حســن النية (م ٩٨ موجبات لبنانى) ، كما هو الشأن بالنسبة للرهن (م ١٠٣٤ مدنى مصرى) •

أما حق صاحب الملكية المعلقة على شرط تعليق (شرط واقف) فلا يكون « حالا » [1] ، ومن ثم فلا يكون له ممارسة سلطات الملكية من اســتعمال واستثمار وتصرف • فاذا ما ثبتت له الملكية بتحقق الشرط ارتد أثر ثبوتها الى وقت نشأة التصرف اعمالا للاثر الرجعى للشرط ، بما يترتب على ذلك من تصحيح ما يكون قد صدر عنه من أعمــال كقبض الثمــار أو الادارة أو التصرف • أما اذا زالت عنه الملكية بعد تحقق الشرط فتتأبد عدم أحقيته لممارسة سلطات الملكية فى فترة التعليق ، بما يترتب على ذلك من بطــلان ما يكون قد صدر عنه من تصرفات قانونية تمس الشىء محل الملكية ، مع مراعاة الحقوق التى لا يكون الغير قد اكتسبها بحسن نية (م ٩٥ موجبات لبنــانى) •

---

(١) ثار الخلاف فى فرنسا حول حقوق البائع بيعا وفائيا فى فترة التعليق . وقد ذهب القضاء يسانده جانب من الفقه الى أنه مجرد صاحب حق شخصى فى المطالبة باسترداد المبيع خــلال فترة معينة . غير أن الراجح فى الفقه اعتباره صاحب حق عينى هو حق الملكية الموقوف على شرط التعليق (شرط واقف) اذ لا يمكن تصور ملكية مقترنة بشرط الالغــاء دون ملكية مقترنة بشرط التعليق (أنظر فى هذا الموضوع توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ؛ بند ٢٩٦ والمراجع المشار اليها فيه) .

الاجــــل :

١٠٩ ـــ الاجل قد يعلق عليه حلول الحق أو انقضاؤه • وقد سبق ان رأينا أن الاجل بنوعيه يلحق ملكية الحق الشخصى ، فهل يمكن أن يلحق كذلك ملكية الشىء ؟

من المسلم به أن حقوق الانتفاع والاستعمال والسكنى حقوق مؤقتة بطبيعتها فيجوز أن تكون مضافة الى أجل مسقط (فاسخ) تنقضى بحلوله • كما أنه من المسلم به ، أن التأقيت وان لم يكن من طبيعة حق التصرف وحق الارتفاق الا أن هذان الحقان يمكن أن يكونا مضافان الى أجل مسقط (فاسخ) ينقضيان بحلوله • فاذا ما انقضى حق من هذه الحقوق عادت المكنات التى كان يخولها الى مالك الرقبة فاجتمع لديه ما كان قد تفرق من سلطات الملكية التامة • ومن المسلم به كذلك، أن هذه الحقوق جميعا يمكن أن يحدد لها فى التصرف المنشىء لها تاريخ معين تبدأ منه ممارسة صاحبها لها فتكون مضافة الى أجل مؤجل (واقف) • ولكن الخلاف قد احتدم فى الفقه حول امكان أو احتمال وجود وضع تضاف فيه الملكية التامة الى أجل معين ، بحيث يكون هناك مالك للشىء قبل حلول هذا الاجل ومالك آخر له بعد حلوله • ويعالج الفقه هذه المشكلة تحت فكرة « تأقيت الملكية » أو « مبدأ دوام الملكية » •

فقد ذهب جانب من الفقه الى أن الملكية (التامة) لا تقبل التأقيت لمدة معينة على عكس الحقوق العينية الاخرى التى تقبل جميعها التأقيت بل قد يكون التأقيت من جوهرها • ومرجع ذلك أن الملكية تفترض تسلط المالك على رقبة الشىء بحيث يكون له التحكم فى وجوده وفى كيانه ومصيره • وهذا التحكم اذ يفترض امكان القضاء على الشىء أو اخراجه من الذمة يتنافى منطقا مع التأقيت • ومن ثم فاذا اشترط فى التصرف المكسب للملكية أن تتحدد ملكية المتصرف بمدة معينة تعود الملكية بانقضائها الى المتصرف (أو اشترط

ألا تبدأ ملكية المتصرف اليه الا من تاريخ معين) فيكون هـذا الاتفـاق باطلا [1] .

وذهب جانب آخر من الفقه الى أنه من المتصور منطقا أن تتقرر لشخص ملكية شيء مدة معينة يكون له خلالها كافة سلطات الملكية بما فى ذلك التصرف فى رقبة الشيء ، بحيث اذا قام فعـلا بالتصرف فى الشيء تصرفا ماديا أو قانونيا فى المدة المحددة انقضت ملكيته له بمقتضى هـذا التصرف ، واذا انتهت المدة المحددة للملكية انقضت ملكيته بانقضاء أجلها وعادت ملكية المالك الاصلى [2] . ويؤدى منطق هذا الرأى كذلك الى امكان تصور أن تتقـرر لشخص ملكية الشيء ابتداء من تاريخ معين بحيث تظل هذه الملكية للمالك الاصلى حتى هذا التاريخ ويكون له فى هذه الفترة سـلطات الملكيـة فاذا ما تصرف فى الشيء انقضت ملكيته ومعها ملكية المتصرف اليـه ، واذا لم يتصرف فى الشيء فى هذه الفترة انقضت ملكيته وابتدأت ملكية المتصرف اليه من وقت حلول الاجل المعين .

ويذهب جانب ثالث من الفقه الى امكان تأقيت الملكية من الناحية المنطقية، ولكنهم ينكرون امكان تحقق ذلك من الناحية العملية ، اذ أنه من الصـعب تصور نزول شخص لاخر عن ملكيته نزولا مؤقتا بمدة معينة تعود بعدها الملكية اليه . فمثل هذا الاتفاق يجعل حقه فى استعادة ملكيته بعد انقضاء الاجل رهنا بارادة المالك المؤقت الذى يستطيع دائما أن يقضى على الشيء قبل حلول الاجل ، ولذلك لا يجازف أحد عادة بنقل ملكية شيء الى شـخص آخر نقلا مؤقتا . والواقع أنه يمكن دائما الوصول الى الغرض العملى من الملكية المؤقتة عن طريق حق الانتفاع الذى يخول المنتفع منفعة الشيء مدة معينة دون التصرف فيه بحيث يضمن المالك اجتماع عناصر الملكيـة لديه بانقضاء الانتفـاع .

---

(1) فى هذا المعنى : محمد على عرفة ، بند ١٦ ، حسن كيرة ، الحقوق العينية الأصلية ، بند ٥٢ ، دروس فى الحقوق العينية الأصلية ، ص ٧٦ .
(2) اسماعيل غانم ، بند ٢٦ .

على أنه اذا كان من الصعب فى الاحوال العادية أن نجد عملا ملكيـة مؤقتة الا أن الحياة العملية تقدم لنا بعض الصور النادرة لهذا الوضـع • من ذلك مثلا الصورة التى يبنى فيها المستأجر على الارض المؤجرة ويتملك البناء باذن من المؤجر • ففى هذه الحالة يكون المستأجر مالكا للبناء طـوال مدة الايجار وتكون له كافة عناصر الملكية بمـا فى ذلك ازالة البنـاء • فاذا انتهت مدة الايجار دون أن يقوم المستأجر بازالة البناء تملكه المؤجر بحكم الالتصاق نظير دفع تعويض معين [1] •

تعدد الملاك :

١١٠ ــ والملكية تثبت للشخص الواحد على الشىء ، فيقال لها ملكيـة مفرزة • ولكن الملكية قد تثبت لاكثر من شخص على نفس الشىء ، فيقـال لها ملكية شائعة •

والمقصود بالملكية الشائعة فى هذا الصدد حالة وجود حقوق لاكثر من شخص على نفس الشىء يتضمن كل منها جميع سلطات الملكيـة • وهى تختلف على هذا النحو عن كل من الملكية التى تثبت للشخص المعنوى وعن توزع سلطات الملكية على الشىء بين أكثر من شخص واحد • فقد رأينا أن اسناد الملكية الى الشخص المعنوى يحفظ للمالك وحدته من الناحية القانونية، وان كان الشخص المعنوى ذاته قـد يكون مملوكا فى النهاية لاشـخاص متعددين • كذلك رأينا أن اقتطاع منفعة الشىء كلها أو بعضها وتخويلهـا لشخص غير مالك الرقبة ــ كصاحب حق الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى أو الارتفاق ــ يؤدى الى تعدد الحقوق على الشىء الواحد مع بقاء كل منها مستقلا بصاحبه •

غير أن الشيوع لا يقتصر على الملكية التامة ، وانما يمتد أيضا الى الملكية الناقصة فى صورها المختلفة من تصرف وانتفاع واستعمال وسكنى وارتفاق

---

(١) اسماعيل غانم ، بند ٢٦ •
Planiol, Ripert et Boulanger, op. cit., T. I, No. 2726

وحكر • وتنطبق على هذا الشيوع نفس الاحكام التى وضعها المشرع بالنسبة للشيوع فى الملكية التامة كلما كانت لا تتعارض مع طبيعة الحق المتمثل فيها •

١١١ ــ وقد أورد المشرع المصرى أحكام الشيوع تحت عنوان « الملكية الشائعة » كما نصت المادة ٨٢٥ منه على أنه « اذا ملك اثنان أو أكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء على الشيوع •• » مما يدل على أن حق الشريك فى الشيوع هو حق ملكية • كذلك فقد نصت المادة ٨٢٤ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى على أن الشيوع يتحقق « عندما يكون شىء أو حق ما ملكا شائعا ومشتركا بين عدة أشخاص » مما يدل على أن المشرع اللبنانى كذلك يعتبر حق الشريك فى الشيوع حق ملكية• ومع ذلك فان تميز الشيوع بوجود أكثر من حق ملكية واحد على شىء واحد فى نفس الوقت ــ خلافا للوضع العادى للملكية ــ حيث لا يوجد على الشىء الواحد غير حق ملكية واحد فى وقت واحد ــ قد أثار وما يزال يثير الشك حول طبيعة حق الشريك على الشيوع [١] •

وقد بدأ جانب من الفقه من هذه النقطة ــ وهى تعدد الحقوق على الشىء الواحد فى وقت واحد ــ فقالوا بأن حق الشريك المشتاع ليس له محل مادى معين ، ورتبوا على ذلك أن حق الشريك المشتاع ليس الا حقا شخصيا قبل بقية الشركاء يخول له الحصول على نسبة معينة من مزايا الشىء (كالثلث أو الربع) ، واقتضاء تعيين نطاق مادى فى الشىء الشائع يقابل النسبة التى تكون له فى منافعه عن طريق القسمة ، حتى اذا ما قسم الشىء الشائع أصبح هناك محل مادى محدد يقابل النسبة المحددة للشريك وتحول حقه بذلك الى حق ملكية بالمعنى الدقيق [٢] •

---

(١) منصور مصطفى منصور ، بند ٥٢ .

(٢) انظر : جوسران فى بحث له عن الملكية الجماعية ، الكتاب المئوى للقانون المدنى الفرنسى ، ص ٣٧٢ (أشار اليه منصور مصطفى منصور فى المرجع السابق ، ص ١٢٨) .

ثم لاحظ بعض هذا الفقه أن الاقتصار على القول بأن حق الشريك المشتاع حق شخصى يؤدى الى اعتبار الشىء الشائع كأنه لا مالك له أثناء قيام الشيوع ، وهى نتيجة غير مقبولة من الناحية المنطقية ، فاتجه الى القول بأن الملكية فى حالة الشيوع هى ملكية مشتركة تكون لمجموع الشركاء المشتاعين ، باعتبار هذا المجموع وحدة قائمة بذاتها ومستقلة عن الشركاء كل منهم على حدة • على هذا النحو يكون للوحدة المتمثلة فى مجموع الشركاء المشتاعين ملكية الشىء ويكون لكل شريك مجرد حق شخصى قبل هذه الوحدة [1] •

ولكن هذا التكييف لحق الشريك المشتاع لا يستجيب الى الواقع ولا يستقيم مع أحكام القانون الوضعى • فمن ناحية نجد أن للشريك المشتاع سلطات ترد مباشرة على الشىء الشائع ولا يمكن معها اعتبار حقه مجرد حق شخصى قبل بقية الشركاء أو قبل الوحدة المتمثلة فيهم • ومن ناحية أخرى لا يمكن القول بأن الملكية تثبت للوحدة المتمثلة فى مجموع المشتاعين ، اذ الحقوق فى القانون الوضعى الحديث لا تثبت الا للاشخاص، ومن المسلم به أن هذه الوحدة لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية • وحتى اذا تصورنا أن القانون قد أضفى على هذه الوحدة الشخصية المعنوية فانمعنى ذلك أن تتملك هذه الوحدة الشىء ملكية مفرزة خاصة على نحو ينتفى معه وضع الشيوع القائم على تعدد الملاك •

وقد بدأ جانب آخر من الفقه من التسليم بأن الشريك على الشيوع له سلطات مباشرة على الشىء الشائع ، هى نفس سلطات المالك ، ولكنه لاحظ أن مباشرة الشريك على الشيوع لهذه السطات يختلف عن مباشرة المالك لها ، فى أن الشريك على الشيوع يواجه بسلطات مماثلة لشركائه على نفس الشىء فيتقيد بها ، بعكس المالك الذى يستقل بالشىء المملوك فلا يزاحمه أحد فى ممارسته لسلطاته • لذلك ذهب هذا الجانب من الفقه الى القول بأن حق

---

(١) انظر : فان بيرفلت ، دروس القانون المدنى ، بند ٢٥٦ وما بعده (اشار عليه حسن كيرة فى دروس الحقوق العينية الاصلية فى القانون اللبنانى ، ص ١٧٧) •

الشريك على الشيوع يعتبر حقا عينيا بالمعنى الدقيق ، ولـكنه ليس حق ملكية وانما حق عينى من نوع خاص (١) .

ولكن القول بأن حق الشريك المشتاع حق عينى من نوع خاص لا يكفى لتعيين النظام القانونى للشىء الشائع . فمن المسلم أن السلطات المتصورة على الشىء ان اجتمعت لشخص معين كان حقه حق ملكية تامة وان اجتمع لشخص معين بعضها فقط دون البعض الاخر كان له حق ملكية ناقصة أو حق من الحقوق المتفرغة عن الملكية ، كما يجرى التعبير فى لغة الفقه . ولذلك لامناص من التسليم بأن الشىء يتحمل بحق ملكية بالضرورة حتى يتعين نظامه القانونى . ولما كان من غير الممكن ــ كما سبق القول ــ اسناد هذه الملكية للوحدة المتمثلة فى مجموع الشركاء ، فيلزم القول بأن حق كل شريك على الشىء الشائع هو حق ملكية بالمعنى الصحيح (٢) .

وليس فى اعتبار حق الشريك المشتاع حق ملكية بالمعنى الصحيح مايخرج بفكرة الملكية عن طبيعتها . فاذا كانت الملكية ــ كما يقال ــ حقا استئثاريا مانعا ، فالمقصود بذلك أنه يمتنع على غير المالك الاستفادة من الشىء ، لا أن يمتنع على أحد ملاك الشىء أن يفيد منه فى حدود مضمون حقه . وواضح أن لكل شريك مشتاع الاستفادة من الشىء فى جميع منافعه ومظاهره فى حدود النسبة التى يملكها فى هذا الشىء . أما أخذ الاستئثار فى الملكية بمعنى عدم تصور المشاركة فى الانتفاع بالشىء ولو بناء على حق يحميه القانون ، فانه يعتبر من بقايا النظرة الفردية الخالصة للملكية التى لم يعد لها محل فى القانون الوضعى أو فى التصوير النظرى لحق الملكية .

١١٢ ــ واذا كان حق الشريك المشتاع على هذا النحو حق ملكية ، فهل يختلف هذا الحق عن حق الملكية فى صورته المفرزة ؟ تذهب النظرية التقليدية

---

(١) فى هذا المعنى : Marty et Raynaud, op. cit., No. 59.
Ionasco, La copropriété d'un bien, Paris, 1930, p. 278;

(٢) من هذا الراى فى فرنسا :
Planiol, Ripert et Boulanger, Traité de droit civil, T. II, No. 2271

المستمدة من القانون الرومانى الى تصوير حق الشريك على الشيوع تصويرا يجعله مستقلا عن حقوق الشركاء الآخرين على نحو يبدو معه غير مختلف عن حق الملكية المفرزة • ففى اتجاه أول لهذه النظرية ، يعتبر حق الشريك المشتاع حقا فى « حصة معنوية » من الشيء الشائع تمثل نصيبه فى كل ذرة من ذراته ، على نحو يبدو معه للشيء وجود معنوى غير ملموس يمكن تقسيمه بين الشركاء وتبدو الحصة المعنوية لكل منهم فيه منفصلة عن حصص الشركاء الآخرين • فمحل حق ملكية الشريك المشتاع هو الحصة المعنوية التى يتصور انفصالها عن حصص الشركاء الآخرين وليس هو الوجود المادى للشيء ، ذلك الوجود الذى يتحدد لكل شريك جزء فيه [1] •

وفى اتجاه آخر لهذه النظرية ، يعتبر حق كل شريك من الشركاء منفصلا عن حقوق الشركاء الاخرين ، ولكن ليس على أساس تصور انقسام الشيء محل الملكية بين الشركاء فى وجوده المادى أو المعنوى وانما على أساس انقسام حق الملكية الوارد على الشيء ذاته فيما بين الشركاء [2] •

ولكن هذه النظرية بشقيها لا يمكن التسليم بها • فلا يمكن القول بأن محل ملكية الشريك المشتاع هو الحصة المعنوية ، اذ أن محل الملكية يجب أن يتمثل فى كيان ذاتى مستقل يسمح باعتباره شيئا معينا بالذات ، فضلا عن أن هذا القول يعود بنا الى التساؤل عن مالك الشيء فى كيانه المادى • ولا يمكن القول بانقسام حق الملكية ذاته الى أجزاء كل منها يعتبر حق ملكية عادى ،

---

(١) كان الفقهاء الرومان يعتبرون ان لكل شريك جزءا فى كل ذرة من ذرات الشيء الشائع .

(٢) أنظر فى ذلك : اسماعيل غانم ، بند ٨٦ ، منصور مصطفى منصور بند ٥٣ .

لان التسليم بذلك يفترض بالضرورة تميز محل كل حق عن محال الحقـــوق الاخرى [1] .

لذلك فالنظرية الحديثة تسلم بتميز حق ملكية الشريك على الشيوع عن حق الملكية المفرزة ، وان كانت هى الاخرى تختلف فى تقـــدير مدى هـــذا التميز .

ففى تصوير أول لهذه النظرية ، يرد حق الشريك المشـــتاع على الشىء الشائع كله ، مثله فى ذلك مثل المالك ملكية مفرزة ، ولكن سلطات كل شريك على الشىء تحد منها سلطات الشركاء الآخرين على نفس الشىء ، وهذا هو وجه الخلاف الوحيد بين ملكية الشريك المشتاع وبين ملكية المالك ملكيـــة مفرزة ، وهو خلاف لا يطعن فى أن حق الشريك المشتاع حق ملكية تام من حيث المبدأ [2] .

وفى تصوير آخر لهـــذه النظـــرية ، لا يقتصر الخلاف بين حق الشريك المشتاع وبين حق المالك ملكية مفرزة ، على أن الاول مقيد فى مباشرته لحقه بحقوق الشركاء الآخرين ، وانما يتعدى الخلاف ذلك الى أصـــل الحق . فمضمون حق الشريك المشتاع أضيق من مضمون الملكية المفرزة ، اذ أنه لا يخول صاحبه الا نسبة معينـــة من مزايا الشىء (كالنصف أو الثلث) ،

---

(١) منصور مصطفى منصور ، الموضع السابق .

(٢) فى هذا المعنى : Boyer, La notion de transaction. 1947, p. 409.

وقارب : حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ١٠٤ ، وبحثه فى تصرف الشريك المشتاع فى جزء مفرز من الشىء الشائع ، مجلة كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية سنة ٦٢/١٩٦٣ ، بند ٤ ، اسماعيل غانم ، بند ٨٦ ، السنهورى ، بند ٤٨٦ .

بعكس حق المالك ملكية مفرزة ، فهو يخوله كل مزايا الشيء • لذلك يذهب هذا التصوير الى أنه اذا كانت وحدة السلطات التى يخولها كل من الحقين تبرر الاعتراف لهما بوصف الملكية ، فان اختلاف مدى هذه السلطات يبرر الفصل بينهما كنوعين متميزين من أنواع الملكية (١) •

على هذا النحو ، يخلص هذا الرأى الاخير الى أن الشيوع أو تعدد الملاك لا يمنع من أعتبار حق كل مالك حق ملكية بالمعنى الدقيق ، وأن كان هذا الحق يعتبر حقا موصوفا • ومقتضى هذا الوصف أن حق كل مالك معرض منذ نشأته ودون توقف على ارادة صاحبه ، أن يتحول بالقسمة الى حق آخر هو حق ملكية مفرزة • وبناء على ذلك يكون لكل مالك فى الشيوع حق ملكية مفرزة احتمالى على أى جزء من أجزاء الشىء الشائع منذ نشأة حقه (٢) •

---

(١) منصور مصطفى منصور ، بند ٥٤ ، وبحثه فى « تحليل اثر قسمة الاموال الشائعة ، وحماية كل شريك من تصرفات غيره » مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، السنة السادسة ، ص ١٠٤ ، ١٠٥ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، بند ٥٥ ، وبحثه السابق ، بند ١٩ .

الفصل الثانى

الشيوع العادى

١١٣ ــ الملكية الشائعة منتشرة فى العمل • وهى تتوافر فى الغالب نتيجة الميراث • فاذا توفى الشخص أصبحت ملكيته ملكية لورثته على الشيوع كل بنسبة حصته فى التركة • وكثيرا ما يستبقى الورثة هذا الوضع فلا يقتسمون التركة أجزاء مفرزة بينهم حتى وفاتهم فيحل محلهم ورثتهم وهكذا أجيالا متعاقبة يتزايد فيها عدد الملاك وتقل حصة كل منهم • على أن الملكية الشائعة يمكن أن تتوافر بصفة عامة ــ كما سوف نراه ــ اذا ما تعلق أى سبب آخر من أسباب كسب الملكية ، كالحيازة أو الالتصاق أو التصرف القانونى ، بأكثر من شخص واحد •

ولم يتعرض القانون الفرنسى والمصرى القديم للشيوع الا بقصد انهائه عن طريق القسمة على اعتبار أنه وضع مؤقت غير مرغوب فيه ، دون أن يعنى بتنظيم الملكية الشائعة فى ذاتها من حيث ممارسة سلطاتها المختلفة • ولعل ذلك يرجع الى التصوير الفردى للحقوق بصفة عامة وللملكية بصفة خاصة ، الذى كان مسيطرا على واضعى القانون الفرنسى ومن بعده القانون المصرى القديم • فمقتضى هذا التصوير أن يكون للمالك وحده مباشرة السلطات المختلفة التى يخولها له حقه ، بحيث يجب اتفاق الملاك جميعا لمباشرة هذه السلطات اذا ما تعدد ملاك الشىء ، مما لا تبدو معه الحاجة ــ لاول وهلة ــ الى تنظيم خاص •

ولكن التطبيق العملى لهذا التصوير لم يلبث أن كشف عن قصوره • فقد بدا من العسير فى كثير من الحالات اتفاق ملاك الشىء جميعا بشأن ممارسة سلطات الملكية ، مما يترتب عليه فى الغـالب تعطيل الاسـتفادة من الشىء الشائع الى حد بعيد • لذلك فقد عمل القضاء الفرنسى والمصرى جاهدا على سد هذا النقص •

وقد صدر قانون الملكية العقارية فى لبنان متضمنا عدة نصوص قليلة عن الشيوع فى العقارات فى الفصل الثالث من الباب الثانى منه تحت عنـوان « فى الشيوع بالحقوق العينية » لا تبدو أنها تقدمت كثيرا فى تنظيم الشيوع عن الوضع فى التقنين الفرنسى وفى التقنين المصرى القديم • ولكن لم يلبث أن صدر بعد ذلك قانون الموجبات والعقود فضمن الكتاب التاسع من القسم الثانى منه الخاص بالشركات تنظيما للملكية الشائعة فى المواد ٨٢٤ ــ ٨٤٣ تحت عنوان « شركة الملك أو شبه الشركة » بجانب النصوص التى خصصها للقسمة فى المواد ٩٤١ ــ ٩٤٩ • وقد حققت هذه النصوص تقدما ملموسـا فى تنظيم الشيوع على نصوص قانون الملكية العقارى •

وقد أثار تعاقب قانون الملكية العقارية وقانون الموجبات التساؤل حـول ما اذا كانت نصوص قانون الملكية العقارية الخاصة بالشيوع ما زالت قائمة بالنسبة للشيوع العقارى أو ما اذا كانت قد ألغيت بنصوص قانون الموجبات والعقود التى أعادت تنظيم الشيوع من جديد • فالرأى الغالب يذهب الى نسخ نصوص قانون الملكية العقارية بصدور قانون الموجبات والعقود [١]• ذلك أن قانون الموجبات والعقود ، على الرغم من أنه لم يلغ النصوص

---

(١) زهدى يكن ، المرجع السابق ، ج ١ ، بند ١٦ ، جان باز ، المرجع السابق ، ص ٦٢ .

المتعلقة بالشيوع فى قانون الملكية العقارية الا أنه أعاد تنظيم موضـوع الشيوع من جديد مما يعتبر طريقا من طرق الالغاء الضمنى وفقا للقواعد العامة ، يترتب عليـه اعتبـار التنظيم القديم منسوخا جملة وتفصـيلا ولو انتفى التعارض بين بعض نصوصه ونصوص التنظيم الجديد (١) .
ولا يقال فى الرد على ذلك ان نصوص قانون الملكية العقارية خاصة بالشيوع العقارى بينما نصوص قانون الموجبات خاصة بالشيوع فى المنقول ، اذ أن هذه الاخيرة تنطبق على كل من المنقول والعقار . وليس أدل على ذلك من أن المادة ٨٣٨ منها تعطى الشركاء حق الاخذ بالشفعة اذا باع أحدهم حقه الشائع لاجنبى والشفعة لا تكون الا فى العقار ، وأن المادة ٩٤٢ بعد تعديلها بقانون ٢١ كانون الاول سنة ١٩٥٤ الخاصة بالقسمة تعرض صراحة لقسمة العقـــار .

ومع ذلك فيذهب رأى آخر الى أن أحكام الشيوع فى قانون الموجبـات لم تلغ أحكام الشيوع فى قانون الملكية العقارية ، اذ أن الاول قـد صدر عن السلطة التشريعية اللبنانية بينما الثانى كان صادرا عن المندوب السامى وأن السلطة التشريعية اللبنانية لم تكن تملك الغاء نص تشريعى صادر عن المفوض السامى (٢) . ومع ذلك فهـذا الرأى مردود بأن السلطة التشريعية كان يمارسها كل من المشرع اللبنانى والمفوض السامى بحيث كان كل منهما يملك الغاء التشريع الصادر من الآخر (٣) .

ومع ذلك فيبدو أن محكمة التمييز من هذا الرأى الاخير ، اذ قضت بأن

---

(١) حسن كيره ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية ، ص ١٧٤ .

(٢) Bichara Tabbah, T.I. op. cit., p. 211

(٣) جان باز ، المرجع السابق فى الموضع السابق .

المادة ٨٣٥ من قانون الموجبات والعقود لم تلغ المادة ٢٠ من قانون الملكية العقارية مما يجب معه التوفيق بين النصين [1] •

ويلاحظ على أى حال أن تنظيم المشرع اللبنـــانى للشـــيوع فى قانون الموجبات والعقود فى الموضع المخصص للعقود غير موفق ، اذ أن الشيوع لا ينشأ دائما عن العقد وليس العقد كذلك هو السبيل الوحيد لفضه بطريق القسمة •

ويلاحظ أن القانون المدنى المصرى الجديد قد جاء فى وقت كان فيه تصوير الملكيه قد تغير وأصبح من المسلم أن لحق الملكية وظيفة اجتماعية وأن سلطات الملكية يجب ممارستها فى ضوء هذه الوظيفة ، فوضع تنظيما للملكية الشائعة تخطى به المرحلة التى وصل اليها قانون الموجبات البنانى بجعله لارادة الاغلبية دورا رئيسيا فى ممارسة سلطات الملكية الواردة على الشىء الشائع بالرغم مما يكون فى ذلك من تعد على سلطات كل مالك على انفراد ، وخفف بذلك من الاثار الضـــارة التى تترتب على تعـــدد الملاك مع وحـــدة الشىء المملوك •

ودراسة الشيوع فى صورته العادية تقتضى ــ على هذا النحو ــ بيـــان أحكامه قبل دراسة القسمة كطريق لتحويل الملكية الشـــائعة الى ملكيـــة مفـــرزة •

المبحث الاول : أحكام الشيوع •

المبحث الثانى : القســـمة •

---

(١) تمييز شباط سنة ١٩٦٣ ، مجموعة باز ١٩٦٣ ، ص ٢١٩ .

المبحث الاول

أحكام الشيوع

١١٤ — انتهينا فيما سبق الى أن حق كل شريك على الشيء الشائع هو حق ملكية بالمعنى الدقيق يرد على الشيء الشائع كله كالملكية المفرزة ، وان كان هذا الحق يتميز عن الملكية المفرزة فى أنه لا يخول صاحبه الا نسبة معينة من مزايا الشيء وفى أنه حق معرض منذ البداية الى أن يستبدل به حق ملكية مفرزة ترد على جزء من الشيء الشائع • وهذه الطبيعة الخاصة المزدوجة لحق الشريك المشتاع تنعكس بالضرورة على أحكامه ، فيظهر أثرها فى حكم ما يجريه الشركاء من أعمال على الشيء الشائع سواء فيما يتعلق بحكمها قبل القسمة أو بعدها •

وسوف نعرض لاحكام الشيوع فى مطلبين ، نتناول فى الاول منهما الانتفاع بالشيء الشائع ، ونتناول فى الاخر التصرف فيه •

المطلب الاول : الانتفاع بالشيء الشائع •

المطلب الثانى : التصرف فى الشيء الشائع •

المطلب الاول

الانتفاع بالشيء الشائع

١١٥ — لا شك أن الوضع الامثل للانتفاع بالشيء الشائع هو أن تتم الاعمال اللازمة له باجماع الشركاء ، ولكن تعذر الوصول الى هذا الوضع

الامثل قد جعل المشرع يخول أغلبية الشركاء سلطات معينة بقصد تسهيل هذا الانتفاع • ومع ذلك فان التساؤل يظل قائما حول حكم أعمال الانتفاع التى يقوم بها أحد الشركاء منفردا أو يقوم بها عدد من الشركاء لا تتوافر فيه الاغلبية التى يتطلبها القانون •

١ ـ الانتفاع الجماعى

اعمال الانتفاع الصادرة من الشركاء مجتمعين :

١١٦ ـ للشركاء مجتمعين السلطة المطلقة فى ادارة الشىء الشائع وتوجيه الانتفاع به ، ويكون ما يأتون من أعمال ملزما لكل منهم حتى بعد قسمة الشىء الشائع •

ويترتب على السلطان المطلق للشركاء مجتمعين فى ادارة الشىء الشائع أنه اذا قام الشركاء مجتمعين بتأجير جزء منه ، ثم وقع هذا الجزء فى نصيب أحدهم بالقسمة ، ظل هذا الايجار ملزما لهذا الشريك • واذا قام هؤلاء الشركاء بتعيين مدير من بينهم يتولى ادارة الشىء نيابة عنهم ، تكون أعمال هذا المدير ملزمة لهم • وقد يستخلص اتفاق الشركاء على تعيين مثل هذا المدير ضمنا ، كما اذا تولى أحد الشركاء الادارة دون اعتراض من الآخرين (مادة ٣/٨٢٨ مدنى مصرى) [١] • واذا قام الشركاء مجتمعين بوضع نظام معين لادارة الشىء الشائع ولحسن الانتفاع به كان هذا النظام ملزما

---

(١) يلاحظ البعض (منصور مصطفى منصور ، هامش ١ ص ١٣٤) ان اعتبار الشريك الذى ينفرد بعمل من أعمال الادارة وكيلا عن الباقين بحكم المادة ٣/٨٢٨ مصرى قاصر على أعمال الادارة المعتادة ، كالتأجير ، لان هذه الاعمال هى وحدها التى عرض لها المشرع فى المادة ٣/٨٢٨ . أما أعمال الادارة غير المعتادة فقد عرض لها المشرع المصرى فى المادة ٨٢٩ ولم يضع بالنسبة لها حكما مماثلا لحكم المادة ٣/٨٢٨ .

لخلفائهم جميعا طالما ظلت حالة الشيوع باقية (م ٨٢٨ من القانون المدنى المصرى التى تخول هذه السلطة للاغلبية) •

١١٧ — ويترتب على سلطان جميع الشركاء المطلق فى توجيه الانتفاع بالشىء الشائع امكان قسمته لا قسمة نهائية ترد على الملكية وتفض الشيوع ، وانما قسمة مؤقتة ترد على منافعة اثناء قيام الشيوع ، وهو ما يعرف بقسمة المناوبة أو المهايأة •

وقسمة المناوبة أو المهايأة قد تكون قسمة مكانية بأن يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز من الشىء الشائع يوازى حصته فيه ، متنازلا لشركائه فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الاجزاء ، على ما تنص عليه المادة ٨٤٦/١ من القانون المدنى المصرى• وقد راعى المشرع المصرى التنسيق بين الحد الاقصى لمدة قسمة المهايأة المكانية وبين المدة التى لا يجوز الاتفاق مقدما على البقاء فى الشيوع لاكثر منها وهى خمس سنوات ، فنص فى المادة ٨٤٦/٢ على أنه : « لا يصح هذا الاتفاق (على قسمة المهايأة المكانية) لمدة تزيد على خمس سنين • فاذا لم يشترط لها مدة أو أنتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد ، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد اذا لم يعلن الشريك الى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب فى التجديد » • وقد نص المشرع اللبنانى على حد أقصى خمس سنوات للاتفاق على البقاء فى الشيوع ولكنه لم ينص على حد أقصى للاتفاق على قسمة المناوبة أو المهايأة المكانية • ومع ذلك فلمنطق يقتضى اجراء حكم الاتفاق على البقاء فى الشيوع على الاتفاق على قسمة المناوبة أو المهايأة المكانية •

وقد تكون قسمة المناوبة أو المهايأة قسمة زمانية بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع الشىء الشائع كل منهم لمدة تتناسب مع حقه الشائع فيه على نحو ما تنص عليه المادة ٨٣٠ من قانون الموجبات اللبنانى والمادة ٨٤٧ من القانون المدنى المصرى •

ولما كانت قسمة المهايأة بنوعيها لا يترتب عليها فض الشيوع ، وانما مجرد تنظيم الانتفاع بالشىء الشائع ، فهى لا تخضع لاحكام القسمة النهائية .

ولذلك فكل شريك فى المهايأة له القيام بكل أعمال الانتفاع بالجزء المخصص له ، أو بالشىء الشائع كله فى المدة المخصصة له ، ولكنه لا يملك القيام على هذا الجزء أو على الشىء كله بما يمس حقوق الشركاء فى الانتفاع بالشىء الشائع بعد انتهاء مدة المهايأة المكانية أو خلال مدة نوبتهم فى قسمة المهايأة الزمانية ، ولا يملك كذلك القيام بأى عمل يمس حقوق الشركاء فى أصل ملكية الشىء الشائع . وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٨٣٠ من قانون الموجبات اللبنانى .

والواقع أن كل شريك فى انتفاعه بالجزء الذى اختص به فى القسمة المكانية يكون فى مركز قريب من مركز المستأجر وشركاؤه فى مركز قريب من مركز المؤجر . لذلك نصت المادة ٨٤٨ من التقنين المدنى المصرى صراحة على اخضاع قسمة المهايأة لاحكام الايجار « من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الاثبات » [١] .

---

(١) لا يمكن اعتبار الشريك فى قسمة المهايأة مستأجرا بالمعنى الدقيق الا اذا سلمنا بامكان انقسام محل الحق الشائع على النحو الذى كان يأخذ به فقهاء الرومان ومن بعدهم النظرية التقليدية ، اذ فى هذا التصوير وحده يمكن اعتبار الشريك مستأجرا لنصيب شركائه فى ذرات الجزء الذى يختص به فى قسمة المهايأة المكانية او فى كل ذرات الشىء فى قسمة المهايأة الزمانية . أما اذا سلمنا بأن محل الحق الشائع هو كل الشى الشائع فلا يمكن اعتبار قسمة المهايأة بنوعيها من قبيل الايجار بالنسبة لكل شريك قبل شركائه . ولذلك قلنا ان الشريك يعتبر فى مركز قريب أو مشابه من مركز المؤجر ، وشركائه فى مركز قريب من مركز المستأجر من حيث قابلية كثير من قواعد الايجار للتطبيق على هذا المركز .
=

اعمال الانتفاع الصادرة من أغلبية الشركاء :

١١٨ — اذا كان لمجموع الشركاء السلطة المطلقة فى ادارة الشىء الشائع وتوجيه الانتفاع به ، فانه يصعب اتفاق الشركاء جميعا على قرار معين فيما يتعلق بهذه الادارة أو الانتفاع ، اذ يكفى أن يعترض أحدهم حتى يمنع الوصول الى قرار معين فى هذا الشأن ، مما يترتب عليه تعطيل ادارة الشىء الشائع والانتفاع به . لذلك فقد عنى قانون

= وتطبيقا لحكم المادة ٨٤٨ من القانون المدنى الواردة فى المتن اذا تصرف أحد الشركاء فى حقه الشائع بعد قسمة المهاياة تكون هذه القسمة منتجة لأثرها فى حقه ، باعتباره خلفا خاصا للشريك المتصرف ، اذا توافرت شروط المادة ٦٠٤ من القانون المدنى . وبذلك يلتزم المتصرف اليه بالقسمة اذا كانت سابقة على نشأة حقه ولو لم يكن يعلم بها وقت ترتبه . ولكنها لا تكون نافذة فى حقه الا اذا كانت ثابتة التاريخ قبل ترتب حقه تطبيقا للمادة ١/٦٠٤ . ويجوز للمتصرف اليه أن يتمسك بهذه القسمة ولو لم تكن نافذة فى حقه نتيجة لعدم ثبوت تاريخها قبل ترتيب حقه (م ٢/٦٠٤) .

اما الاهلية اللازمة لصحة القسمة فهى اهلية التأجير والاستئجار وما يلحق بها من احكام الولاية ، على التفصيل الذى نعرفه

(راجع مذكراتنا فى التنظيم القانونى للايجار السابق الاشارة اليها) .

وأما حقوق المتقاسمين والتزاماتهم فهى نفس الحقوق والالتزامات المترتبة على الايجار . وبذلك تكون الترميمات الضرورية على الشركاء مجتمعين وتكون الترميمات التأجيرية على الشريك وحده (م ٥٦٧ و ٥٨٢) . ويلتزم جميع الشركاء قبل الشريك الذى اختص بجزء معين أو بالشىء كله مدة معينة، بالتسليم والضمان ، كما يلتزم هذا الشريك قبلهم باستعمال العين فيما أعدت له وبعدم التغيير فيها والمحافظة عليها وبردها عند انتهاء مدة القسمة . ولكن لا محل بالطبع لتطبيق أحكام الالتزام بدفع الاجرة .

وأما فيما يتعلق باثبات القسمة فهى تخضع كالايجار للقواعد العامة . غير انه يلاحظ أن قانون الاصلاح الزراعى يضع نظاما خاصا لاثبات ايجار الاراضى الزراعية فيستلزم الاثبات الكتابى وييسر لطرفى الايجار الحصول على هذا الاثبات عن طريق لجنة الفصل فى المنازعات الزراعية عند رفض أحد =

الموجبات والعقود اللبنانى والقانون المدنى المصرى الجديد بتنظيم ادارة الشىء الشائع اذا تعذر الوصول الى اتفاق الشركاء ، فجعل لاغلبيتهم الحق فى القيام بأعمال الادارة ، وجعل قرار الاغلبية نافذا فى حق جميع الشركاء سواء قبل القسمة أو بعدها .

والمقصود بالاغلبية فى كلا القانونين ، أغلبية الانصبة لا أغلبية عدد الشركاء . فاذا توافرت أغلبية الانصبة لاحد الشركاء كان له وحده أن يقوم بادارة الشىء الشائع .

غير أن القانون اللبنانى لم يأخذ بقاعدة الاغلبية الا بصدد أعمال الادارة العادية وحدها . أما القانون المصرى فقد مد هذه القاعدة الى أعمال الادارة غير العادية كذلك .

١١٩ — ففى أعمال الادارة المعتادة ، وهى التى لا تقتضى تغييرا جوهريا فى الشىء الشائع أو فى وجه الانتفاع المخصص له ، يكتفى القانون اللبنانى والقانون المصرى بالاغلبية دون تطلب الاجماع غير أن القانونين المذكورين يختلفان فى تحديد الاغلبية الواجبة . فالقانون اللبنانى يشترط أغلبيته ثلاثة أرباع الانصباء (م ١/٨٣٥ موجبات)

= الطرفين التوقيع على العقد أو تحريره ، ويجعل جزاء الاهمال فى الالتجاء الى هذا الطريق عدم قبول الدعوى أمام أية جهة كانت . ويقرر البعض (منصور مصطفى منصور ، بند ٥٧ ، ه ١ ، ص ١٣٨ ، قارب اسماعيل غانم ، بند ٧١) خضوع قسمة المهايأة فى الاراضى الزراعية لهذا الحكم ، بينما يرى البعض (حسن كيرة ، الحقوق العينية الاهلية ص٣٢٨ بالهامش ، السنهورى ه ٢ ، ص ٨٢٢) أن الحكمة منه ، وهى حماية المستأجر من استغلال المؤجر ، لا تتوافر فى هذه الحالة ، ومن ثم فلا يجب تطبيقه ويتعين تطبيق القواعد العامة فى الاثبات ، خاصة وأن المشرع قد نص صراحة فى المادة ٨٤٨ من القانون المدنى على أن « احكام عقد الايجار لا تطبق على قسمة المهايأة الا اذا كانت لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة » .

بينما يكتفى القانون المصرى بالاغلبية العادية (م٨٢٨/١ مدنى مصرى). وواضح أن استلزام أغلبية ثلاثة أرباع الانصباء فى القانون اللبنانى ليس له ما يبرره فى شأن أعمال عادية يومية كأعمال الادارة المعتادة[1] .

وكما يكون لهذه الاغلبية أو تلك القيام بأعمال الادارة العادية ، كالتأجير ، بنفسها ، فانه يكون لها أن تختار مديرا من بين الشركاء للقيام بها وتكون أعماله نافذة فى حقهم جميعا حتى بعد القسمة ، ويكون لها أن تضع للادارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسرى حتى على خلفاء الشركاء سواء كان الخلف عاما أو كان خاصا (م ٢٨٢٨/٢ مدنى مصرى)[2] .

وفى هذه الحالة ألزم القانون الاقلية بالخضوع لقرار الاغلبية بصفة مطلقة فلم يجعل لها حق الطعن فيه ، اللهم الا اذا توافرت شروط التعسف فى استعمال الحق طبقا للقواعد العامة .

فاذا لم يمكن التوصل الى قرار من الاغلبية ، كان لاى من الشركاء ، منعا لتعطيل الانتفاع بالشىء الشائع ، أن يطلب من المحكمة أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة (م ٨٣٥/٢موجبات — م ٨٢٨/١ مدنى مصرى)، كأن تأمر بتأجير الشىء، أوتأذن لهذا الشريك بالانفاق على الارض الى أن يتم نضج المحصول ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال

(١) فى هذا المعنى : حسن كيره ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية ، ص ١٨٢ .

(٢) ولكن من البديهى أن هذا النظام يمكن تعديله أو الغاؤه بنفس الاغلبية ، وليس من الضرورى أن تكون هى نفس الاغلبية التى قامت بوضع النظام (السنهورى ، بند ٤٩٧) .

الشائع • ويخول المشرع اللبنانى للمحكمة — فوق ذلك — الامر بالقسمة (م ٨٣٥ / موجبات) ومقتضى ذلك أن للمحكمة أن تأمر بالقسمة من تلقاء نفسها اذا رأت ذلك فى مصلحة الشركاء ولو لم يطلبها أحدهم عند رفعه الامر اليها •

ويلاحظ أنه اذا توافرت الاغلبية المطلوبة فى شخص واحد كما اذا كان يملك ثلاثة أرباع الشىء الشائع فى القانون اللبنانى أو أكبر قليلا من نصفه فى القانون المصرى فانه يستطيع القيام بالادارة العادية وحده • وقد حكمت محكمة التمييز فى لبنان بأن يكون للشريك فى هذه الحالة أن ينتفع بالشىء الشائع بنفسه ، كما اذا كان منزلا فسكنه ، نظير دفع حصة شركائه فى الايجار [1] •

١٢٠ — وفى أعمال الادارة غير المعتادة وهى أعمال الادارة التى تمس الملكية مباشرة ، كايجار طويل المدة [2] أو التى تتضمن تعديلا جوهريا فى الشىء أو فى الانتفاع المعد له —وذلك كالبناء فى الارض ، أو اعادة بناء المنزل لجعله أصلح للاستثمار ، أو تحويل مطعم الى مقهى — اختلف موقف القانون اللبنانى والمصرى •

فالقانون اللبنانى لا يترك للاغلبية أى سلطة فى القيام بأعمال الادارة غير العادية ويتطلب الاجماع بشأنها بدعوى خطورتها • وقد نصت على ذلك المادة ٨٣٦ من قانون الموجبات بقولها « لا تجبر الاقلية على قبول قرارات الغالبية اذا كانت تختص : أولا — ••• بالاعمال

---

(١) تمييز ٢٨ كانون الثانى ١٩٥٥ ، مجموعة باز ، ١٩٥٥ ، ص ١٢٠ •
(٢) ايجار يجاوز ثلاث سنوات فى القانون اللبنانى •

الادارية •• اذا كانت تمس الملكية مباشرة • ثانيا ــ بتعديلات جديدة فى عقد الشركة أو الشىء المشترك • ثالثا ــ بعقد موجبات جديدة • ففى الاحوال المتقدم ذكرها ، يجب أن يتغلب رأى المعارضين » •

أما القانون المصرى فقد اكتفى بقاعدة الاغلبية فى شأن أعمال الادارة غير العادية ولكنه استلزم أغلبية ثلاثة أرباع الانصبة • وقــد نصت المــادة ١/٨٢٩ على ذلك بقولها « للشركاء الذين يملكون على الاقــل ثلاثة أرباع المــال الشائع أن يقرروا فى سبيل تحسين الانتفــاع بهذا المال من التغييرات الاساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له ما يخرج عن حــدود الادارة المعتادة •• »

وقد جعلت هــذه المادة على الشركاء الذين توافرت منهم الاغلبيــة المطلوبة « أن يعلنوا قراراتهم الى باقى الشركاء » وجعلت لمن خالــف من الشركاء « الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعــلان » • وقد بينت المــادة ١/٨٤٩ سلطات المحكمة فى هــذه الحالة ، فجعلت لها أن تلغى قرار الاغلبية آن لم تجد مبررا له ، وجعلت لها ، ان رأت الموافقة عليه ، أن تتخذ ما تراه مناسبا من التدابير ، كأن تشترط تنفيذه على نحو معين ، أو « أن تأمر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضــمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات » •

هذا ويلاحظ أن قسمة المناوبة أو المهايأة بنوعيهــا تخرج عن حــدود سلطة الاغلبية ، اذ يلزم لها اجماع كل الشركاء ، على نحو ما سبق أن رأيناه ، باعتبار أنها لا تتضمن مجرد ادارة الشىء الشائع وانما تتعدى ذلك الى قسمة منافعــه •

٢ ـــ الانتفاع الفردى

١٢١ ـــ لما كان حق الشريك المشتاع يرد على الشيء الشائع كله وأن كان لا يخول الا نسبة معينة من منافعه ، فان لكل شريك استعمال الشيء كله والحصول على ثماره فى حدود النسبة المخولة له من منافعه . ولكن سلطات الشريك فى هذا الشأن مقيدة بسلطات الشركاء الآخرين المماثلة والتى ترد على الشيء كله أيضا وتخول أصحابها نسبا معينة من منافعه . وفى هذا الشأن تنص المادة ٨٢٦ من قانون الموجبات اللبنانى على أن « كل شريك يمكنه أن يستعمل الشيء المشترك على نسبة ماله من الحق بشرط أن لا يستعمله على وجه يخالف ماهية ذلك الشيء أو الغاية المعد لها ، أو يناقض مصلحة الشركة ، أو على وجه يحول دون استعمال الشركاء الآخرين لحقوقهم » كما تنص المادة ٨٢٦/١ من التقنين المدنى المصرى على أن « كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن .. يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء » (١) .

ويترتب على ذلك أن تقتصر الاعمال التى يمكن للشريك أن يقوم بها على الشيء منفردا على الاعمال التى تتفق وما أعد له الشيء ، ويمكن

---

(١) تأثر المشرع فى صياغته لهذا النص بالنظرية التقليدية فى طبيعة حق الشريك المشتاع ، تلك النظرية التى ترى أن محله يتمثل فى حصة معنوية فى الشيء . وقد سبق ان رأينا أن محل هذا الحق هو الشيء المادى كله (انظر ما تقدم ص ٢١١) . لذلك يجب أن يفهم لفظ الحصة فى النص بمعنى « الحق الشائع » بحيث يكون المقصود منه تقرير أن الحق الشائع الذى لكل شريك يعتبر حق ملكية ، له أن يستأثر به وأن يتصرف فيه ، كما أن له أن يتمتع بثمار الشيء محل هذا الحق وأن يستثمره بحيث لا يلحق الضرر بحقوق الشركاء الآخرين .

(فى هذا المعنى : منصور مصطفى منصور ، هـ ١ ص ١٤٣) .

للشركاء جميعا القيام بها فى نفس الوقت دون أن يترتب على قيام أحدهم بها منع الباقين منها • لذلك يكون لكل شريك أن يقوم بمفرده بالاعمال اللازمة لحفظ الشيء ، سواء كانت أعمالا مادية ، كاجراء الترميم وجنى الثمار ، أو كانت أعمالا قانونية ، كالوفاء بدين الدائن المرتهن للشيء الشائع منعا للتنفيذ عليه ، والوفاء بالضرائب المفروضة عليه ، ورفع دعاوى الحيازة على من يعتدى عليه ، وقطع التقادم المكسب لملكيته • وقد نصت المادة ٨٣٠ من التقنين المدنى المصرى على ذلك بقولها « لكل شريك فى الشيوع الحق فى أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ، ولو كان ذلك بغير موافقة باقى الشركاء » ، كما جعلت منه المادة ٨٣١ من قانون الموجبات التزاما على الشريك بقولها « يجب على كل شريك أن يسهر على صيانة الشيء المشترك كما يسهر على اشيائه الخاصة » •

ونتيجة لذلك يجوز للشريك الذى قام بهذه الاعمال الرجوع على شركائه بنفقاتها • وقد نصت المادة ٨٣٢ من قانون الموجبات على أنه « يحق لكل شريك أن يجبر بقية الشركاء على تقديم ما يناسب حصصهم من النفقات الضرورية لصيانة الشيء المشترك وابقائه صالحا للاستعمال الذى أعد له » • غير أن المادة المذكورة قد خولت الشريك المدين أن يترك للشريك الدائن الانتفاع بالشيء الشائع الى أن يستوفى ما دفعهلحسابه (م ٨٣٢/٣ ثانيا) • كذلك خولت هذه المادة للشريك المدين التخلص من الالتزام الواقع عليه اما بطلب القسمة اذا كانت مستطاعة (م ٨٣٢ / ٢ ثالثا) واما ببيع حصته ، مع الاحتفاظ بحق الاولوية فى الاخذ بالشفعة للشريك الذى قام بالنفقة أو عرض أن يقوم بها (م ٨٣٢/٢ أولا) •

ولكن يصح التساؤل فى هذا الصدد عن أساس رجوع الشريك على شركائه بنصيب كل منهم فيما ينفقه فى أعمال الصيانة والحفظ • وتذهب

المذكرة الايضاحية للقانون المدنى المصرى [1] يؤيدها بعض الشراح [2] الى أن الاساس هو الفضالة اذا لم يوافق الشركاء الاخرون على عمل الشريك • ولما كان يشترط لاعمال قواعد الفضالة ألا يكون صاحب العمل قد أعترض على عمل الفضولى فقد قصر البعض [3] أعمال هذه القواعد على حالة ما اذا تمت أعمال الحفظ دون علم سائر الشركاء ، أما اذا اعترض باقى الشركاء وقام الشريك بأعمال الحفظ بالرغم من اعتراضهم ، فانه يرجع عليهم بدعوى الاثراء •

وذهب أكثر الشراح الى أن الشريك يعتبر نائبا قانونيا عن باقى الشركاء [4] • وقد أخذ على هذا الرأى أنه يضيق عن تفسير الحالات التى تكون فيها أعمال الحفظ أعمالا مادية [5] • ولكن البعض يرد على ذلك بملاحظة أن النائب القانونى ــ كالولى أو الوصى ــ يقوم بأعمال الحفظ سواء تمثلت فى أعمال قانونية أم فى أعمال مادية [6] • ويضيف البعض الاخر الى ذلك أن الاعمال المادية ، كالترميم ، تتم عادة عن طريق تصرف قانونى هو اتفاق الشريك مع من يباشر العمل بنفسه •

وذهب البعض الى أن مرجع حق الشريك فى الانفراد بهذه الاعمال

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ، جـ ٦ ، ص ٩٥ .

(٢) محمد على عرفة ، بند ٢٣٧ .

(٣) السنهورى ، بند ٤٨٨ .

(٤) شفيق شحاته ، بند ١٤٦ ، عبد المنعم البدراوى ، بند ١٢١ ، حسن كيره ، الحقوق العينية الاصلية بند ١٠٨ ، عبد المنعم فرج الصده بند ١٢٤ .

(٥) اسماعيل غانم ، بند ٦٩ ، السنهورى ، هـ ٢ ص ٨٠٦ .

(٦) حسن كيره ، المرجع السابق ، بند ١٠٨ بالهامش .

هو أنه ليس فيها مساس بحقوق الشركاء ، فيستطيع كل شريك أن يقوم بها بمفرده بمقتضى حق الملكية الثابت له على الشيء الشائع كله ، فتكون منفعتها لهذا الشيء كله ويستفيد منها باقى الشركاء بمقتضى مالهم من حق ملكية مماثل على الشيء [1] . ولكن يؤخذ على هذا الرأى أنه يؤدى فى منطقه الى أن يكون أساس الرجوع على الشركاء هو الاثراء بلا سبب .

١٢٢ — على أن الاعم الاغلب من أعمال الانتفاع يترتب عليها المساس بحقوق باقى الشركاء المشتاعين ، ومن ثم لا يجوز للشريك أن يقوم بها منفردا . فاذا قام بشيء من ذلك كان لباقى الشركاء الاعتراض عليها سواء أكانت أعمالا مادية أم كانت أعمالا قانونية .

فلا يجوز للشريك المشتاع أن يقوم منفردا بوضع يده على العين أو على جزء منها للقيام بزراعتها منفردا ، أو باقامة منشآت أو بالبناء عليها . فاذا قام بشيء من ذلك فعلاكان لسائر الشركاء بالطبع الابقاء عليها لمصلحتهم مع الاشتراك فى نفقاتها كل بقدر حصته [2] .

ولكن اذا لم ير الشركاء الابقاء على الزرع أو البناء فماذا يكون حكم هذه الاعمال التى انفرد بها أحد الشركاء ؟ عنى المشرع اللبنانى بوضع حكم خاص لهذه الحالة بينما تركها المشرع المصرى لحكم القواعد العامة فى الشيوع .

فقد نصت المادة ٢١٩ من قانون الملكية العقارية اللبنانى على أنه « اذا

---

(١) اسماعيل غانم ، بند ٦٩ و ص ١٤٧ هـ ١ .
Aubry et Rau, T. 2, No. 221, Banadry Lacantinerie et Channeau, No. 269, Colin et Capitan et de La Morandière, No. 1036.

(٢) فى هذا المعنى : اسماعيل غانم بند ٦٩ ، السنهورى ، بند ٥٠٢ .
Aubry et Rau, T. 2, 221; Baudry Lacantinerie et Chauveau, No. 269; Colin et Capitant et de La Morandière, No. 1036.

كانت الاغراس أو الابنية قد غرسها أو شيدها على عقار شائع أحد الشركاء فيه بدون رخصة شركائه الآخرين فتجرى قسمة العقار ، عند الاقتضاء ، على يد القاضى ثم يطبق على كل حصة من الحصص ، أحكام المادة ٢١٦ » . وهذه المادة الاخيرة تتعلق بتطبيق أحكام الالتصاق أو الالحاق فى حالة الغراس أو البناء فى أرض الغير بحسن نية ولا تجيز للشركاء اجبار البانى على نزع غرسه أو بناءه وانما تخول الاخير الحق فى التعويض عن البناء أو الغراس . غير أن قانون الموجبات والعقود قد أتى بعد ذلك بنص المادة ٨٢٧ منه الذى يقضى بأنه « لا يجوز لشريك أن يحدث تغييرا فى الشىء المشترك بلا رضى شركائه الصريح أو الضمنى . فان لم تراع أحكام الفقرة السابقة تطبق القواعد الاتية : أولا ـ تجرى القسمة عندما يكون الشىء قابلا للتجزئة . واذا كان الجزء الذى حدث فيه التغيير واقعا فى حصة الشريك الذى أحدثه فلا سبيل لاى فريق منهم الى الاعتراض . أما اذا كان التغيير واقعا فى حصة شريك آخر ، فيمكن هذا الشريك أن يختار اما اداء بدل التغيير واما اجبار شريكه على ارجاع الشىء الى حالته الاصلية . ثانيا ـ عندما يكون الشىء غير قابل للتجزئة ، يجوز للشركاء أن يجبروا محدث التغيير على اعادة الشىء الى حالته الاصلية وعلى تحمل النفقة مع أداء بدل العطل والضرر عند الاقتضاء » .

وواضح من هذا النص أنه اذا كان الشىء الشائع غير قابل للتجزئة فانه يكون للشركاء اجبار الغارس أو البانى على الازالة مع التعويض ان كان له محل ، مما يتفق مع القواعد العامة فى الشيوع التى تؤدى الى اعتبار ما قام به الشريك من غراس أو بناء اعتداء على حقوق شركائه لا يجبرون على استبقائه . أما اذا كان الشىء قابلا التجزئة فتجرى قسمة الشىء ويتحدد مصير الغراس أو البناء وفقا لما تسفر عنه . فاذا وقع فى نصيب الغارس أو البانى كان حر التصرف فيه ، واذا وقع فى نصيب شريك آخر

كان له الخيار بين الازالة وبين الاستبقاء مقابل دفع النفقات • وواضح أن هذا الحكم ان كان يتفق مع القواعد العامة فى الشيوع ـ بالنسبة لمصير الغراس أو البناء بعد القسمة ـ فانه يخالف حكم المادة ٢١٩ من قانون الملكية العقارية سالف الذكر ، فأى الحكمين أولى بالتطبيق ؟

ذهب رأى الى تطبيق حكم المادة ٢١٩ من قانون الملكية العقارية بالنسبة للشيوع العقارى [1] بما يقصر حكم المادة ٨٢٧ من قانون الموجبات على حالة التغيير فى المنقول وحدها ، وذهب رأى آخر الى تطبيق كلا المادتين على الشيوع العقارى بحيث تختص الاولى بحكم حالة قيام الشريك حسن النية ـ وحسن النية مفترض ـ بالغراس أو البناء فى الارض الشائعة دون موافقة شركائه ، وتختص الاخيرة بحكم حالة قيام الشريك سىء النية ـ وسوء النية يجب اثباته ـ بالغراس أو البناء فى هذه الارض [2] • غير أنه يصعب الاخذ بأى من الرأيين نظرا لما هو ثابت من أن نصوص الشيوع فى قانون الموجبات تنطبق على العقار كما تنطبق على المنقول [3] ، ولان تطبيق كل من المادتين السابقتين على العقار مع صرف احداهما لحالة حسن نية الشريك الغارس أو البانى وصرف الاخرى لحالة سوء نيته تخريج لا سند له من نص هاتين المادتين ذاتهما • لذلك فالاولى التسليم بتطبيق المادة ٨٢٧ من قانون الموجبات وحدها واعتبار نص المادة ٢١٩ من

---

(١) استئناف جبل لبنان المدنية ، رقم ٥٤٥ بتاريخ ٢٦ تشرين الاول ١٩٥٤ اجتهادات شاهين حاتم ، جـ ٢٢ ، ص ٣٤ .

(٢) فؤاد الصغير ، قانون الملكية العقارية (على الآلة الكاتبة) ، ١٩٦٣ ـ ١٩٦٤ ، ص ٤٨ (مشار اليه فى حسن كيره ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية ، ص ١٨٧) .

(٣) أنظر ما سبق ، بند ١١٣ .

قانون الملكية العقارية منسوخا بقانون الموجبات [1] ليس فقط لان هـذا القانون الاخير قد أعاد تنظيم موضوع الشيوع من جديد [2] وانما أيضا لتعارض نص هذه المادة مع نص المادة ٨٢٧ من هذا القانون تعارضا تاما •

وقد ذهبت محكمة التمييز اللبنانية بحق الى أنه يجب منع الشريك من البناء فى الملك المشترك رغم ارادة شركائه اذا طلبوا كلهم أو بعضهم ذلك تطبيقا لحكم الفقرة الاولى من المادة ٨٢٧ من قانون الموجبات التى تقضى بأنه « لا يجوز لشريك أن يحدث تغييرا فى الشىء المشترك دون رضى شركائه الصريح أو الضمنى » • فاذا حصل البناء رغم ارادة الشركاء فان هؤلاء الشركاء لا يستطيعون طلب الهدم الا بعد اجراء القسمة وعند وقوع القطعة الحاصل فيها البناء فى حصة أحدهم خلاف الشريك الذى بنى [3] •

هذا فى لبنان ، أما فى مصر فلم يورد التقنين المدنى نصا مماثلا لنصوص القانون اللبنانى ، ومن ثم فيجب تطبيق القواعد العامة فى الشيوع التى تؤدى الى تخويل الشركاء حق ازالة ما يقيمه أحدهم فى العين الشائعة دون موافقتهم ، باعتباره قد تجاوز حدود حقه الى المساس بحقوقهم •

١٢٣ ــ واذا كان لا يجوز للشريك القيام منفردا بوضع يده على الشىء الشائع والغراس أو البناء فيه على النحو السابق ، فانه لا يجوز له كذلك القيام منفردا بتأجير الشىء الشائع أو جزء منه • فاذا قام بذلك كان هـذا الايجار غير ملزم لبقية الشركاء ، بحيث يكون لهم الامتناع عن تسليم الشىء

---

(١) زهدى يكن ، المرجع السابق ، جـ ١ ، بند ١٧٠ ، حسن كيره ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية ، ص ١٨٧ .

(٢) انظر ما سبق ، بند .

(٣) تمييز ١٩٥٥/٩/١٢ ، مجموعة باز ، ١٩٥٥ ، ص١٦٩ وما بعدها .

الى المستأجر ، ويكون لهم طلب طرده من العين المؤجرة اذا كان قد تسلمها فعلا • ولكن عقد الايجار ذاته يظل صحيحا منتجا لاثاره بين طرفيه دون أن يؤثر فى صحته أن المؤجر لم يكن مالكا للشىء المؤجر كله وأنه أجر فى نفس الوقت حقوق شركائه ، اذ لم يرد نص على بطلان الايجار الذى يرد على حق الغير فى أحكام الايجار كما ورد فى احكام البيع ، وليس فى الاحـكام العامة ما يصلح لابطال الايجار لمجرد أنه ورد على حق غير مملوك للمؤجر • وليس للمستأجر طب الفسخ طالما استطاع المؤجر الوفاء بالتزاماته بان سلم العين للمستأجر ومكنه من الانتفاع بها ولم يتعرض أحد من الشركاء الآخرين [1] أما اذا تعرض أحد من الشركاء الآخرين للمستأجر فيكون له أن يرجع على الشريك المؤجر بالضمان وأن يطلب فسخ الايجار لاخلال المؤجر بالتزاماته •

ويترتب على القول بصحة الايجار أنه اذا كان الايجار واقعا على جزء من الشىء الشائع وظل الايجار قائما لم يفسخ حتى تمت القسمة فوقع فى نصيب الشريك المؤجر ، زال ما كان يحول دون نفاذ الايجار وأصبح منتجا لكل

---

(١) الايجار المذكور يكون غير نافذ فى حق الشركاء الاخرين ولكن يكون لهم الحق فى اقراره بحيث يصير نافذا فى حقهم . وقد قضت محكمة التمييز بأنه اذا طالب بعض الشركاء باخلاء العين المؤجرة فلا يكون للمستأجر أن يدفع هذا الطلب بحجة أن هؤلاء الشركاء لا يكونون اغلبية ثلاثة أرباع الانصباء ، لان المـادة ٨٣٥ موجبات التى تجعل لهذه الاغلبية وحدها حق ادارة الشىء الشائع قاصرة على العلاقة بين الشركاء (تمييز ٩ كانون الاول سنة ١٩٣٩ ، مذكور فى جان باز ، المرجع السابق ، ص ٧٥) ، كما قضت بأنه يجوز للشركاء الذين لا يكونون مثل هـذه الأغلبية رفض تجديد الايجار دون أن يستطيع المستأجر الاحتجاج عليهم بالمـادة ٨٣٥ موجبات (تمييز ٢٦ أيلول سنة ١٩٤٠ مشار اليه فى المرجع السابق ، فى الموضع السابق) .

آثاره • أما اذا وقع فى نصيبه جزء آخر فيتأكد عدم نفاذ الايجار فى حق الشريك الذى وقع فى نصيبه الجزء المؤجر • غير أن الفقه فى مصر يرى أن حق المستأجر فى هذه الحالة ينتقل الى الجزء الذى وقع فى نصيب الشريك المؤجر بقدر يعادل الجزء المؤجر له قياسا على حكم المادة ٢/٨٢٦ من التقنين المدنى المصرى الخاصة بتقرير انتقال حق المتصرف اليه فى جزء من الشىء الشائع الى الجزء الذى آل الى المتصرف بمقتضى القسمة [١] • وليس فى القانون اللبنانى عى أى حال نص يقابل نص المادة ٢/٨٢٦ من التقنين المدنى المصرى •

١٢٤ — ويلاحظ أن محكمة النقض المصرية ، فى ظل القانون القديم ، قد ذهبت الى أنه اذا وضع أحد الشركاء يده على جزء من الشىء الشائع فلا يكون لبقية الشركاء طلب استرداد حيازته منه وانما يكون له المطالبة بما يقابل الانتفاع به [٢] ، واذا قام بالبناء عليه فلا يجوز لهم طلب الازالة الى أن تتم القسمة [٣] ، واذا قام بتأجيره فلا يجوز لهم طلب اخراج المستأجر من العين المؤجرة ، رغم ما فى كل ذلك من مساس بحقوق الشركاء [٤] • ومرجع ذلك أنه فى ظل القانون المدنى القديم كان اجماع

---

(١) ويثور التساؤل عما اذا كان يجوز للشريك أن يؤجر حقه الشائع ، لا الشىء كله ولا جزءا مفرزا منه . ويرى البعض جواز ذلك ولكن يتعذر على الشريك ان يسلم هذا الحق الى المستأجر ، فلا يكون للمستأجر — حتى تتم القسمة — اكثر مما للمؤجر ، فيكون الايجار الصادر من اغلبية الشركاء للعين كلها نافذا فى حق المؤجر والمستأجر (السنهورى ص ٨٢٨ هـ ٢) .

(٢) نقض مدنى ٢٥ فبراير ١٩٤٣ ، مجموعة القواعد القانونية التى اقرتها محكمة النقض فى خمسة وعشرين عاما ، ج ٢ ، ص ٩٩٢ .

(٣) نقض مدنى ٧ مارس ١٩٤٠ ، المجموعة السابقة ، ص ٩٩١ .

(٤) نقض مدنى ١١ يناير ١٩٤٠ ، مجموعة عمر ، ٣ ، رقم ٣٤ ، ص ٥٥ . وانظر عكس ذلك احكام محاكم الاستئناف والمحاكم الكلية والجزئية المشار اليها فى السنهورى ص ٨٣٤ هـ ٣ .

الشركاء متطلبا لقيام الشركة بادارة الشىء الشائع وهو ما كان يصعب توافره مما كان يترتب عليه تعطيل ادارة الشىء الشائع • وقد أرادت المحكمة تفادى هذا الوضع فأقرت استئثار الشريك بجزء من الشىء الشائع ورفضت ازالة البناء الذى يقيمه عليه وتوصلت الى اقرار الايجار الصادر منه ، حتى تتم القسمة ، رغم ما فى ذلك من اعتداء على حقوق الشركاء المشتاعين المساوية لحق الشريك الذى قام بهذه الاعمال والتى ترد على الشىء الشائع كله • وواضح أن هذا القضاء لم يكن له سند من الناحية القانونية على ضوء ما نعرفه من طبيعة حق الشريك المشتاع ، ولم يعد له أيضا سند من الناحية الواقعية بعد أن قام القانون المدنى الجديد بتنظيم ادارة المال الشائع تنظيما يكفل منع تعطيل الانتفاع به فى حالة اختلاف الشركاء ، عن طريق الاكتفاء بالاغلبية دون تطلب الاجماع لهذه الادارة ، وتخويل القاضى الحق فى تعيين من يدير الشىء الشائع عند الحاجة • لذلك أجمع الفقه على ضرورة تعديل محكمة النقض لموقفها السابق فى ظل القانون المدنى الجديد [1] •

نفقات المال الشائع وتكاليفه :

١٢٥ — نصت المادة ٨٣٣ من قانون الموجبات اللبنانى على أن « كل شريك ملزم تجاه الآخرين يتحمل أعباء الشىء المشترك ونفقات الادارة

---

(١) محمد على عرفة ، ج ١ ، بند ٢٩٣ وبند ٢٩٦ ، عبد المنعم البدراوى ، بند ١١٣ ، اسماعيل غانم ، بند ٦٩ ، حسن كيره ، المرجع السابق ، بند ١٠٧ ، عبد المنعم فرج الصده ، بند ١١٩ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٥٩ ، السنهورى ، بند ٥٠٢ .

والاستثمار • ويعين نصيب كل شريك من تلك الاعباء والنفقات بحسب حصته فى ذلك الشىء » • ونصت المـادة ٨٣١ من التقنين المدنى المصرى على أن « نفقات ادارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجـة عن الشيوع أو المقررة على المـال ، يتحملهـا جميـع الشركاء كل بقـدر حصـته ، ما لم يوجـد نـص يقضى بغير ذلك » • وقـد رأينـا تطبيقـا لذلك أنه اذا قـام أحـد الشركاء بمثـل هـذه النفقـات كان له أن يرجـع على شركائـه كل بقـدر حصـته •

ومن الواضح أن مثل هذه النفقات التى تلزم جميع الشركاء هى النفقات الضرورية للادارة أو الحفـظ والصيانة أما اذا انفق أحد الشركاء نفقات نافعة أو كمالية فلا يلزم بها الشركاء ما لم يكونوا قد أجازوا انفاقها صراحة أو ضمنا [1] • وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٨٣٤ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى •

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى يردف نص المـادة ٨٣١ السالف ذكره بقوله : « لكل شريك أن يتخلص من هـذه النفقـات اذا تخلى عن حصته فى المـال الشائع » • ولكن هذه العبـارة حذفت فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ • على أن هذا الحذف لا يمنع من الاخذ بحكمها لان « فكرة التخلص من التزام متعلق بعين من الاعيـان عن طريق التخليةفكرة عامة التطبيـق » على نحو ما جاء فى تقـرير اللجنـة المذكورة [2] • فان تخلى الشريك عن حصته سقطت عنه النفقـات ـــ ما لم

---

(١) انظر ما سبق ، بند ١٢١ .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ، جـ ١ ، ص ٩٤ .

تكن راجعة لخطئه ــ وآلت ملكية الحصـــة التى تخلى عنها الى الشركاء الآخرين كل بقدر حصته (١) .

المطلب الثانى
التصرف فى الشىء الشائع

١٢٦ ــ سبق أن بينا أن التصرف فى الشىء المملوك أما أن يكون تصرفا ماديا واما أن يكون تصرفا قانونيا (٢) . ومن الواضح أن التصرف المـــادى فى الشىء المملوك على الشيوع باستهلاكه أو اعدامه لا يثبت الا للشركاء مجتمعين ، فاذا قام به أحدهم كان متعديا على حقوق شركائه وكان مسئولا عما يصيبهم من ضرر من جراء ذلك . وأما التصرف المادى فى الشىء المملوك بالتغيير فيه ، فيدخل فى عموم أعمال الادارة غير المعتادة على النحو السابق تفصيله . وأما التصرف القانونى ، وهو الذى نعرض له هنـــا بشىء من التفصيل ، فيختلف حكمه ــ مثله فى ذلك مثل الانتفاع بالشىء الشائع ــ بحسب ما اذا كان تصرفا جماعيا أو ما اذا كان تصرفا صادرا من شريك على انفراد .

---

(١) السنهورى ، بند ٤٨٩ ، المراجع المشار اليها فيه .
ولكن البعض يشكك فى هذا المبدأ على أساس ما قد يؤدى اليه من نتائج غير مقبولة ، كما اذا تحطمت سيارة مملوكة على الشيوع واتفق الشركاء على اصلاحها وقام أحدهم بالانفاق على هذا الاصلاح ثم تبين بعد الاصلاح أنهـــا لا تساوى قيمة ما أنفق عليها ، فان التخلى فى هذه الحالة يؤدى الى تحميل الشريك الذى قام بالانفاق بجميع النفقات بينما الفرض أنهـــا أقل من قيمة السيارة التى سيتحملها كلها بالتخلى (منصور مصطفى منصور ، بند ٦١) .

(٢) والتصرف المـــادى ــ كما رأينا ــ هو وحده الذى يدخل فى مضمون الملكية دون التصرف القانونى الذى لا يعدو أن يكون مقابلا للرخصة المخولة لكل صاحب حق فى التصرف فى حقه . ومع ذلك فاننا نعرض للتصرف القانونى فى الشىء الشائع فى هذا المكان منعا لتشتت أحكام الشيوع .

١ ــ التصرف الجماعى

١٢٧ ــ استلزم المشرع اللبنانى توافر اجماع الشركاء للقيام بأى تصرف فى الشىء الشائع ، فنص فى المادة ٨٣٦ من قانون الموجبات على أنه « لا تجبر الاقلية على قبول قرارات الغالبية اذا كانت تختص : أولا ــ بأعمال التصرف » • أما المشرع المصرى فلم يستلزم لمثل هذا التصرف اجماع الشركاء وانما اكتفى بالاغلبية • وعلى ذلك فالمقصود بالتصرف الجماعى فى القانون اللبنانى هو التصرف الصادر من الشركاء مجتمعين بينما المقصود به فى القانون المصرى هذا التصرف بالاضافة الى التصرف بالاغلبية التى يتطلبها القانون •

اعمال التصرف الصادرة من الشركاء مجتمعين :

١٢٨ ــ من البديهى أن يكون للشركاء مجتمعين سلطة التصرف فى الشىء الشائع بكافة أنواع التصرف ، وسواء كان هذا التصرف بنقل ملكيته كله أو بعضه ، أو بتقرير حق عينى أصلى عليه ، كالانتفاع أو الارتفاق أو بتقرير حق عينى تبعى ، كالرهن •

واذا كانت سلطة الشركاء مجتمعين المطلقة فى التصرف ليست محل جدل ، فقد ثار الخلاف حول مدى أثر التصرفات التى يجريها الشركاء بناء على هذه السلطة • ولا جدال فى أنه اذا كان التصرف بنقل ملكية جزء من الشىء بتمامها فان هذا الجزء يخرج من القسمة التى تجرى بعد ذلك • ولكن اذا كان التصرف الذى أجراه الشركاء مجتمعين من التصرفات غير الناقلة للملكية ، كتقرير حق انتفاع أو استعمال أو ارتفاق على الشىء أو حق عينى تبعى عليه ، ثم وقعت القسمة بعد هذا التصرف فاختص كل شريك

بجزء من الشيء ، فماذا يكون مصير هذا الحق الذى قرره الشركاء مجتمعين قبل القســـمة ؟

ذهب رأى الى أن من مقتضى مبدأ الاثر الرجعى للقسمة زوال مثـــل هذه الحقوق بأثر رجعى ، وعلى ذلك يكون لكل شريك ملكية الجــزء الــذى اختص به خالية من الحق الذى قرره الشركاء مجتمعين قبل القســـــمة . لذلك يذهب هذا الرأى الى اعتبار نص المـــادة ١٠٣٩/١ من القانون المدنى المصرى الخاصة بالرهن الرسمى والتى تقضى بأنه « يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع ، أيا كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم امكان قسمته » نصـــا استثنائيا لا يجوز القياس عليــه [١] ولا يسرى على غير الرهن الرســـمى [٢] من الحقوق ، كالرهن الحيازى [٣] .

ولكن الواقع أن هذا الرأى يغفل أن التصرف المقرر للحق قد صـــدر من الشركاء بما لهم من ولاية التصرف المطلق فى الشيء على اعتبار أن كافة الحقوق على الشيء تنحصر فيهم ، وليس فيه مساس بحق شخص لم يشترك فى ابرامه ، ومن ثم فهو لايتأثر بنتيجة القسمة التى تأتى بعد ذلك. فالمقصود

---

(١) سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، طبعة ٢ ، بند ٢٤٠ ، عبد الفتاح عبد الباقى ، التأمينات الشخصية والعينية ، طبعة ٢ ، بند ٣٤٥ مكرر ، محمد على أمام ، التأمينات الشخصية والعينية ، بنـــد ٣٢٨ ، عبد المنعم البدراوى ، بند ١٣٦ .

(٢) الرهن الرسمى فى القانون المصرى هو الحق العينى الذى يتقرر اتفاقا على عقار دون انتقال حيازة هذا العقار الى الدائن وهو يقابل ما يعرف فى القانون اللبنانى بالتأمين .

(٣) الرهن الحيازى فى القانون المصرى هو الحق العينى التبعى الذى يتقرر على عقار أو منقول لضمان الوفاء بدين من الديون بحيث ينتقل الشيء المرهون الى يد الدائن ، وهو ما يسمى فى القانون اللبنانى بالرهن .

بما يسمى بالأثر الرجعى للقسمة ــ عند من يأخذون به ــ هو مجرد حماية الشريك الذى اختص بمقتضى القسمة بجزء من الشىء ، من الحقوق التى يكون قد قررها عليه أحد الشركاء الآخرين أو بعضهم ممن لا تثبت لهم سلطة التصرف المطلق فى الشىء ، وفى هذا النطاق يكون عدم نفاذ هذه الحقوق مفهوما على أساس طبيعة الشيوع • هذا فضلا عن أن كل شريك عندما اشترك فى التصرف فى العقار لم يقتصر على التصرف فى حقه فيه وانما تصرف فى العقار كله ، لان محل حقه هو الشىء المملوك على الشيوع كله ، فيكون التصرف الصادر منهم جميعا نافذا فى مواجهة الشريك الذى اختص بالعقار فى القسمة لا فى حدود ما كان لهذا الشريك من حق فقط وانما بالنسبة للعقار كله ، وذلك حتى لو أعملنا الاثر الرجعى للقسمة فاعتبرنا الشريك الذى اختص بالعقار مالكا له منذ بدء الشيوع [1] • وعلى ذلك يعتبر نص المادة ١٠٣٩/١ من التقنين المصرى مجرد تطبيق لمبدأ عام تقتضيه طبيعة حق الشريك المشتاع ، ويجب تطبيقه دون حاجة الى نص صريح سواء فى القانون اللبنانى أو فى القانون المصرى ، هو مبدأ بقاء التصرف الصادر من كافة الشركاء نافذا بعد وقوع القسمة وأيا كانت نتيجتها دون تفرقة بين التصرف الناقل للملكية والتصرف المنشىء لحق عينى آخر [2] •

أعمال التصرف الصادرة من أغلبية الشركاء فى القانون المصرى

١٢٩ ــ لمجموع الشركاء على هذا النحو سلطة التصرف فى الشىء الشائع تصرفا يكون نافذا فى حقهم جميعا حتى بعد وقوع القسمة • ولكن

---

(١) منصور مصطفى منصور ، بند ٦٣ .

(٢) اسماعيل غانم ، بند ٧٤ ، حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ١١١ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ١٢٦ ، شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات العينية فى القانون المدنى ، طبعة ٢ ، بند ٤٤ ، سمير تناغو ، التأمينات العينية ، بند ٢٥ ، السنهورى ، بند ٥٠٤ و ٥٠٥ .

مثل هذا الاجماع على التصرف قد لا يتوافر رغم ما قد يكون وراء هــذا التصرف من أسباب تبرره • لذلك فقد عنى المشرع المصرى فى القــانون المدنى الجديد ــ خلافا للمشرع اللبنانى ــ بالنص على أنه يكون « للشركاء الذين يملكون على الاقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا التصرف فيه اذا استندوا فى ذلك الى أسباب قوية ، على أن يعلنوا قراراتهم الى باقى الشركاء • ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان •• وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقدر تبعا للظروف ما اذا كان التصرف واجبا » •

هذا النص يوفق بين مصلحة الاغلبية ومصلحة الاقلية فيما يتعلــــق بالتصرف ، فيجعل للاغلبية سلطة فى تقرير التصرف ويجعل للاقلية سلطة الطعن فى قرار الاغلبية •

فلاغلبية الشركاء المتمثلة فى ثلاثة أرباع الشىء الشائع أن تقرر التصرف فيه أيا كان نوع التصرف • على أنه يشترط لتخويل الاغلبية هذه السلطة أن تكون هناك « أسباب قوية » تبرر التصرف ، كأن تعرض فرصة مواتية لبيع الشىء بثمن مرتفع أو يحتاج الانتفاع بالشىء الشائع أو تحسينه الى رهنه ضمانا للقرض اللازم لذلك •

وقد أوجب النص على الاغلبية أن تعلن قراراها للاقلية وجعل للاقلية سلطة الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من الاعلان • وطبيعى أن الاقلية فى رجوعها الى المحكمة قد تطلب القسمة أو الغاء قرار الاغلبية •

فاذا طلبت الاقلية القسمة فلا جدال فى أنه على المحكمة أن تنظر فى أمر هذه القسمة ومدى امكان اجرائها دون ضرر بمصالح الشركاء • فاذا كانت

القسمة ممكنة دون ضرر بمصالح الشركاء أمرت بها ، ولو كان هناك اتفاق على البقاء فى الشيوع لم ينته أجله ، لان سلطة الاغلبية فى التصرف سلطة استثنائية فيجب تمكين الشريك المعارض من الخروج من الشيوع مادام خروجه لا يضر ببقية الشركاء . أما اذا كان فى القسمة ضرر بمصالح الشركاء فانه يتعين على المحكمة استبعادها والنظر الى قرار الاغلبية بالتصرف ، فان وجدت أن هذا القرار يستند لاسباب قوية أقرته وأن لم تجده كذلك ألغته . كل هذا يستفاد من العبارة الاخيرة من المادة ٨٣٢ التى تنص على أنه « للمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقدر تبعا للظروف ما اذا كان التصرف واجبا » .

أما اذا طلبت الاقلية الغاء قرار الاغلبية دون أن تطلب القسمة فقد ثار الخلاف حول ما اذا كان من سلطة المحكمة — قبل أن تبحث فى قرار الاغلبية — أن تبحث فى امكان القسمة دون ضرر بمصالح الشركاء وأن تأمر بها فى حالة تحققها من ذلك على غرار الحالة الاولى . فذهب رأى الى اثبات هذه السلطة للمحكمة حتى فى هذه الحالة تأسيسا على أن العبارة الاخيرة من المادة ٨٣٢ التى تثبت للمحكمة هذه السلطة قد جاءت عامة بحيث تشمل الحالتين [1] . وذهب رأى آخر الى أنه لا ينبغى أن تفرض المحكمة القسمة على الشركاء اذا لم يطلبها أحدهم ، ولذلك يتعين على المحكمة فى هذه الحالة النظر مباشرة الى قرار الاغلبية المطعون فيه لاقراره أو الغائه بحسب ما اذا كان يستند أو لا يستند لاسباب قوية . ويستند هذا الرأى الى أن العبارة الاخيرة من المادة ٨٣٢ يجب أن تفسر على ضوء العبارة الاولى منها الخاصة باشتراط وجود أسباب قوية لاثبات سلطة الاغلبية فى التصرف ، وعلى ذلك يكون المفهوم من سياق هذه المادة

---

(١) حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص ١١٢ بالهامش ، السنهورى ، بند ٥٠٩ .

أن الفقرة الاخيرة منها خاصة بالحالة التى تتمثل فيها معارضة الاقلية فى طلب الخرج من الشيوع [1] .

وقد أثيرت هذه المشكلة أثناء الاعمال التحضيرية لمراجعة القانون المدنى ، فذهبت اللجنة الفرعية الى تعديل نص المادة ٨٣٢ بالنص صراحة على الزام المحكمة بالنظر فى قسمة المال الشائع عينا فى جميع الاحوال . ولكن لجنة المقررين انحازت الى الرأى المخالف ورأت الابقاء على نص المادة ٨٣٢ دون تعديل على اعتبار أنه لا يجعل للمحكمة سلطة الامر بالقسمة اذا لم يطلبها أحد الشركاء ، ووافقتها اللجنة العامة على ذلك . وفى رأينا أنه ما دامت اللجنة قد انحازت الى هذا الرأى فقد كان عليها تعديل نص المادة ٨٣٢ بما يتفق معه ، اذ أن صياغة هذا النص أقرب الى الرأى الاول .

٢ ــ التصرف الفردى

١٣٠ ــ قد يتصرف الشريك فى حقه الشائع ، وقد يتصرف فى جزء مفرز من الشىء الشائع أو فيه كله . وتصرف الشريك فى حقه الشائع لا يمس بحقوق الشركاء الاخرين ، بينما يمس تصرفه فى جزء مفرز من الشىء الشائع أو فيه كله بهذه الحقوق . لذلك كان من الطبيعى أن يختلف حكم التصرف فى الحالتين .

---

(١) اسماعيل غانم ، بند ٧٥ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ١٢٧ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٦٤ .

التصرف فى الحق الشائع :

١٣١ ــ لما كان الشريك يملك حقه الشائع دون أن يشاركه بقيــة الشركاء فيه ، وان شاركوه فى الشىء الشائع من حيث هو محل لهــذا الحق كما هو محل لحقوقهم ، فانه يجوز له التصرف فيه باعتباره كذلك • فالشريك المشتاع فى تصرفه انما يستعمل الرخصة المخولة لصــاحب كل حق فى التصرف فى حقه ، وهذا التصرف يكون نافــذا فى حق بقية الشركاء دون حاجــة الى موافقتهم اذ ليس فيه مساس بحقوقهم • وقد نصت المادة ٨٣٧ من قانون الموجبات اللبنانى على هذا الاصل بقولها « لكل شريك حصة شائعة فى ملكية الشىء المشترك وفى منتجاته • ويجوز له أن يبيع تلك الحصة أو يتفرغ عنها أو يرهنها وأن ينيب غيره فى التمتع بهــا وأن يتصرف فيهــا على أى وجه آخر سواء كان ببدل أم بلا بدل ••• » • كذلك قررت نفس الاصــل المــادة ١/٨٢٦ من القــانون المــدنى المصرى بقــولها « كل شريك على الشــــيوع يملــك حصــــته ملــكا تــاما وله أن يتصرف فيهــا » •

ومبدأ تصرف الشريك المشتاع فى حقه الشائع يشمل جميع أنــواع التصرفات التى يتصور ورودها على الحق الشائع فى ذاته دون أن تتعدى ذلك الى التصرف فى الشىء الشــائع أو فى جــزء مفرز منه وتمس بذلك حقوق بقية الشركاء • فيجوز أن يكون التصرف ناقلا للملكية ، كالبيــع والهبة ، ويجوز أن يكون مقررا لحق من الحقوق العينية المتفرعــة عن الملكية كالانتفاع ، أو من الحقوق العينية التبعية كالرهن • فكل هــذه التصرفات يمكن أن ترد على الحق الشائع دون مساس بالشىء الشــائع المحمل به حقوق الشركاء الآخرين • ولكن لا يجــوز أن يكون التصرف بتقرير حق ارتفاق ، فحق الارتفاق يتحمل به العقار الخــادم كله لصالح

العقار المخدوم كله مما يترتب عليه المساس بحقوق الشركاء على العقار [1] .

١٣٢ ــ فاذا كان التصرف فى الحق الشائع من التصرفات الناقلة للملكية ، كالبيع مثلا ، فان هذا التصرف يكون نافذا فى مواجهة سائر الشركاء دون حاجة الى اعلانهم به . فلا محل للقياس على أحكام انتقال أو حوالة الحق التى تقضى بأن حوالة الحق لا تكون نافذة قبل المدين أو قبل الغير الا اذا قبلها المدين أو أعلن بها ، اذ أن هذه الاحكام خاصة بحق الدائنية أو الحق الشخصى الذى يترتب فى ذمة مدين معين ، بينما حق الشريك المشتاع يرد مباشرة على الشىء الشائع فى ذاته وليس حق دائنيه قبل باقى الشركاء [2] وينتقل الحق

---

(١) عبد المنعم البدراوى ، بند ٢٨٠ ، اسماعيل غانم ، بند ٧٩ ، حسن كيرة ، المرجع السابق ، بند ١٢٠ ، السنهورى ، بند ٥١٢ . تمييز ٢٣ شباط ١٩٥٩ ، مجموعة باز ، ١٩٥٩ ، ص ١٣٣ .

(٢) ويلاحظ أن الشيوع قد يكون واردا على مجموع من الاشياء ، فيتصرف أحد الشركاء فى حقه الشائع فى أحدها دون بقية الاشياء . وفى هذه الحالة يلزم لفض الشيوع اجراء قسمة الشىء الذى بيع حق أحد الشركاء فيه بين المشترى وبقية الشركاء وقسمة أخرى لبقية الاشياء الشائعة بين جميع الشركاء وتجنبا لهذا التعقيد قضت بعض التشريعات بأنه لا يجوز التصرف فى حق شائع فى شىء داخل مجموع من المال الا باتفاق الشركاء (التقنين الالمانى فى المادة ٢٠٢٣ منه) وقد أيدت محكمة النقض صحة التصرف من أحد الشركاء فى حقه الشائع فى شىء داخل ضمن مجموع من الاشياء الشائعة (نقض مدنى ١٩٥٥/١٠/٢٠ ، مجموعة أحكام النقض ، ص ٦ ، رقم ١٨٥ ، ص ١٣٧٥) .

قارن مع ذلك جان باز (المرجع السابق ، ص ٧١) حيث يرى أنه « اذا كان موضوع التفرغ عقارا داخلا ضمن مجموعة من الحقوق كالتركة فان مفاعيل التفرغ تتوقف الى ما بعد القسمة فيعرف عندئذ بنصيب من دخل العقار الذى حصل التفرغ عن الحصة الشائعة فيه ، فاذا لم يدخل فى نصيب المتفرغ فيكون هذا الاخير قد تفرغ عن شىء لا يملكه » . وهذا الرأى يتجاهل أن التفرغ كان صحيحا وان المتفرغ له قد أصبح بمقتضىذلك شريكا فى الشىء الشائع الذى تم التفرغ عن حصته شائعة فيه ، حلولا منه محل الشريك الاصلى .

الشــائع بمجــرد التعــاقد اذا تعلق الامر بمنقــول ، ويلزم قيــــد التصرف فى السجل العقارى أو تسجيله لهذا الانتقال اذا تعلق الامر بعقار • ويصبح المتصرف اليه بمجرد أنتقال الحق الشائع اليه شريكا لباقى الشركاء، فتكون له كل حقوق الشريك والتزاماته ، ويثبت له حق طلب القســـمة ، ويجب على باقى الشركاء اختصامه فى دعواها • والعبرة فى هذا الشـــأن بقيد القسمة فى السجل العقارى أو تسجيلها • فاذا كان قد قيد أو سجل حقه قبل قيد أو تسجيل القسمة الحاصلة من الشركاء فلا يحتج عليه بها ولو كانت قد تمت بالفعل قبل قيد أو تسجيل حقه ما دامت لم تقيد أو تسجل الا بعد قيد أو تسجيل حقه ، ويكون له طلب اجراء القسمة من جديد (١) • ويلاحظ أنه اذا كان التصرف لشريك وعلى سبيل المعاوضة ، وترتب عليه انهاء الشيوع ، اعتبر من قبيل القسمة وسرت عليه أحكامها •

كذلك يلاحظ أن المشرع قد خول الشركاء فى حالة بيع أحدهم حقــه الشائع لاجنبى ، الحــق فى الحلول محل هــذا الاجنبى فى البيع ، حتى لا يتضرر هؤلاء من مشاركة الاجنبى لهم • وسوف نعرض لهذا الحلول بالتفصيل عند دراسة مصادر الملكية (٢) •

واذا كان التصرف فى الحق الشائع بترتيب حق انتفاع ، ثبت للمتصرف اليه استعمال الحق الشائع واستثماره بمــا يتبــع ذلك من اشـــتراك فى الادارة ، فتكون له أعمال الادارة المعتادة بحيث يحسب صوته فى حساب

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٥/١٢/٢ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٦ ، رقم ١٨٤ ، ص ١١٧٢ .

(٢) يلاحظ أن هذا الحلول يتم فى القانون اللبنانى عن طريق الشفعة وحدها (م ٨٣٨ موجبات) والشفعة قاصرة على العقارات دون المنقولات (م ٢٣٨ من قانون الملكية العقارية) . أما فى القانون المصرى فيتم هذا الحلول عن طريق الشفعة بالنسبة للعقار (م ٩٣٦/ب من القانون المدنى) كما يتم عن طريق الاسترداد بالنسبة للمنقول وللمجموع من المـــال المشتمل على عقـــارات ومنقولات .

الاغلبية العادية فى هذه الادارة ، وفى قسمة المهايأة [1] • أما الرقبة فتظل للشريك المتصرف ويكون له ممارسة ما يقابلها من سلطات ، وهى المتعلقة بالادارة غير المعتادة والتصرف وطلب القسمة • واذا تمت القسمة قبل انتهاء الانتفاع ، انتقل حق المنتفع الى الجزء المفرز الذى يؤول الى مالك الرقبة ، بمقتضى الحلول العينى [2] •

١٣٣ ــ واذا كان التصرف فى الحق الشائع بترتيب حق عينى تبعى عليه كان هذا الحق خاضعا للقواعد العامة فى الحقوق العينية التبعية من حيث سريانها على الغير •

ويلاحظ أنه اذا كان الحق العينى الذى رتبه الشريك على حصته رهنا (رهن حيازى حسب تسمية المشرع المصرى) فيلزم أن يحوز الدائن المرتهن الشىء المرهون حتى يمكن القول بحيازته للحق الشائع ، اذ الحيازة شرط لنفاذ الرهن (الحيازى) على الغير • ولكن مثل هذه الحيازة تكون مستحيلة لمساسها بحقوق الغير ، ومن ثم فلا سبيل لنفاذ الرهن الا أن يتفق الشركاء والدائن المرتهن على أن يعهد بالشىء الشائع الى أحد الشركاء يحوزه بالنسبة لحق الشريك الراهن نيابة عن الدائن المرتهن تطبيقا لحكم المادة ٣ من القانون رقم ٤٦ فى ١٦ يناير سنة ١٩٣٢ الخاص برهن المنقول و ١٠١ من قانون الملكية العقارية اللبنانى والمادة ١١٠٩ من التقنين المدنى

---

(١) ولكن قسمة المهايأة فى هذه الحالة لا تصبح قسمة نهائية بمضى مدة خمس عشرة سنة على نحو ما تقضى به المادة ٢/٨٤٦ من التقنين المدنى المصرى والا كان فى ذلك مساس بملكية الشريك للرقبة .

(٢) السنهورى ، بند ٥١٣ .

المصرى التى تجيز أن يكون الشىء المرهون رهنا حيازيا فى يد الـــدائن المرتهن أو الاجنبى الذى ارتضاه المتعاقدان والذى يعرف بالعدل [1] .

والحق العينى التبعى الذى يقرره الشريك على حقه الشـــائع ــ سواء كان رهنا أو كان تأمينا (رهن رسمى) يكون نافذا فى حق الشركاء دون انتظار للقسمة ، فيكون للدائن المقرر له هذا الحق اذا حل أجل الدين قبل القسمة التنفيذ على الحق الشائع ببيعه فى المزاد واقتضاء دينه بالاولوية من ثمنه . أما اذا أجريت القسمة قبل أن ينفـــذ الدائن بدينه على الحق

---

(١) تحرم المـــادة ٢٣ من قانون الملكية العقارية رهن الحق الشائع فى العقار وتؤكد المـــادة ٢/١٠٤ من هذا القانون ذلك التحريم ، ولكن المـــادة ٨٣٧ من قانون الموجبات والعقود قد جاءت بعد ذلك فأجازت رهن الحق الشائع دون تفرقة بين العقار والمنقول . وقد أثار هذا الوضع التساؤل عما اذا كانت نصوص قانون الملكية العقارية فى هذا الشأن قد ألغيت بمقتضى المادة ٨٣٧ من قانون الموجبات والعقود بحيث يصبح رهن الحق الشائع فى العقار جائزا من تاريخ العمل بقانون الموجبات والعقود . وقد ذهب البعض الى عدم الغاء نصوص قانون الملكية العقارية التى تقرر عدم جواز رهن الحق الشائع العقارى بمقتضى المادة ٨٣٧ من قانون الموجبات ا استنادا الى أن النص الفرنسى للمـــادة ٨٣٧ من قانون الموجبات ــ وهو النص الاصلى الذى ترجم عنه النص العربى لهذه المادة يعبر عن الرهن بكلمة nartissement التى تعنى فى اللغة الفرنسية رهن المنقول دون رهن العقار ، مما يدل على أن المـــادة ٨٣٧ التى تجيز الرهن تقصـــد رهن الحق الشائع فى المنقول دون العقار (فى هذا المعنى : جان باز ، المرجع السابق ، ص ٧٠) . وذهب رأى آخر الى الغاء نصوص قانون الملكية العقارية الخاصة بعدم جواز رهن الحق الشائع فى العقار بمقتضى قانون الموجبات ، استنادا الى أن هذا القانون الاخـــير قد ألغى جميع نصوص قانون الملكية العقارية الخاصـــة بالشيوع باعتباره قد قام بتنظيم الموضوع من جديد مما يعتبر طريقا من طرق الالغاء وفقا للقواعد العامة (فى هذا المعنى : حسن كيره ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية ، ص ٢٠٤ ، هـ ١) .

أما فى مصر فقد كان رهن الحق الشائع محل شك فى ظل القانون المدنى القديم ، ولكن الرأى قد استقر على جوازه فى ظل القانون المدنى الجديد .

الشائع ، فان حقه يتركز فى الجزء المفــرز الذى اختص به الشريك الذى قرر الحق العينى التبعى ، فى حدود الحصة المقرر عليها هذا الحق (١) ، كأثر للقسمة ، تأسيسا على أن حق الشريك نفسه يتركز فى هذا الجزء (٢) . واذا كان محل الشيوع مجموعا من الاشياء وورد الحق العينى التبعى على حصة فى احدها ثم وقع فى نصيب الشريك الذى قرر هذا الحق شىء آخر غير ذلك الذى قرر على حقه الشائع فيه حقــا عينيا تبعيــا ، انتقل الحق العينى التبعى من الحصة الشائعة الى الشىء الذى اختص به الشريك الذى قرر هذا الحق اعمالا لفكرة الحلول العينى . وقد نصت على هذا الفــرض المادة ١٠٣٩/١ من القانون المدنى المصرى فيما يتعلق بالرهن الرسمى .

التصرف فى الشىء الشائع مفرزا :

١٣٤ ــ حق الشريك المشتاع حق ملكية يرد على الشىء كله ويتحــدد بنسبة معينة من مجموع ما يخوله من مزايا ، ولكن كلا من الشركاء له حق

---

(١) منصور مصطفى ، بند ١٧ .

ومع ذلك فيرى البعض أن نصيب الشريك المقرر للحق العينى التبعى ، سواء شمل العقار أو جزءا منه يتجاوز الحصة المقرر عليها الحق العينى التبعى ، يصبح محلا لهذا الحق (أنظر المراجع المشار فى منصور مصطفى منصور ، ص ١٦٤ هـ ٢) .

(٢) فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، بند ٨١ ، حسن كيرة ، المرجع السابق بند ١٢٠ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ١٣١ ، شمس الدين الوكيل ، التأمينات العينية ، جـ ١ ص ١١٢ .

ومع ذلك يذهب أستاذنا الدكتور منصور مصطفى منصور فى رسالته نظرية الحلول العينى (فقرة ١٣٨ ، ص ٢٢٣) وحق الملكية (ص ١٦٦ ، هـ ٢) الى اعتبارا تركز حق الدائن المرتهن بالقسمة فى الجزء الذى آل الى الراهن ، تطبيقا لفكرة الحلول العينى قولا بأن « القسمة لا ترد (على الرهن) لانه ليس شائعا وانما على محله وهو حق الملكية والقسمة لا يتعدى أثرها المحل أى اســتبدال ملكية مفرزه بحصة شائعة ، أما انتقال الرهن فهو مقتضى الحلول العينى » . فى هذا المعنى أيضا : السنهورى ، هـ أ ، ص ٨٤٨ .

ممـــاثل عـــلى نفس الشيء • وعلى ذلك فاذا تصرف الشريك منفـــردا فى جزء مفـــرز من الشيء الشـــائع أو فيه كله ، فانه يتصرف فى حقه ولكنه يتصرف فى نفس الوقت فى حقوق شركائه • وهذا المنطق يؤدى ــ طبقا لاحكام القانون اللبنانى والقانون المدنى المصرى فيما يتعلق بالتصرف فى ملك الغير بوجه عام ــ الى صحة التصرف فيمـــا يتعلق بحق الشريك فى الشيء الشائع أو فى الجزء المتصرف فيه منه ، وبطلانه بالنسبة لحقـــوق الشركاء الآخرين فى هذا الشيء أو الجزء المتصرف فيه [1] • فالى أى حد يتفق منطق هذا التحليل مع أحكام القانون الوضعى ؟ هـــذا ما نعرض له ببيان حكم تصرف أحد الشركاء فى الشيء الشائع أو فى جزء منه فى العلاقة بين طرفيه ثم بالنسبة للغير •

حكم تصرف أحد الشركاء فى الشيء الشائع أو فى جزء مفرز منه فى العلاقة بين طرفيه :

١٣٥ ــ لم ينص المشرع اللبنانى على حكم تصرف أحـــد الشركاء فى الشيء الشائع أو فى جـــزء منه • أما المشرع المصرى فينص فى المـــادة ٢/٨٢٦ من التقنين المدنى على أنه « اذا كان التصرف منصبا على جـــزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف،

---

(١) فى هذا المعنى : عبد المنعم فرج الصدة ، بند ١٢٦ ، منصور مصطفى منصور ، ص ١٧٠ ، ه ، سليمان مرقص ومحمد على أمام ، عقد البيع ، بند ٢٨٧ . وأنظر فى أن تصرف الشريك فى كل الشيء الشائع أو فى جزء مفرز منه لا يعتبر تصرفا فى ملك الغير ، على أساس أن حق الشريك المشـــتاع لا يختلف عن حق المالك العادى الا فى تقييد المالك فى استعمال سلطاته بحقوق الشركاء الاخرين : اسماعيل غانم ، بند ٧٧ ، حسن كيرة ، البحث السابق ، بند ٥ أنظر الخلاف حول مدى تميز حق ملكية الشريك المشتاع عن حق المالك العادى فيما سبق .

انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق القسمة • وللمتصرف اليه اذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها ملكية مفرزة ، الحق فى ابطال التصرف » • ويفهم من هذا النص أن تصرف أحد الشركاء فى جزء مفرز يعتبر تصرفا صحيحا فى العلاقة بين طرفيه ما لم تتوافر شروط الغلط وفقا للقواعد العامة فيكون قابلا للابطال لصلحة المتصرف اليه • ورغم ذلك فهذا النص لم يمنع من الاختلاف على حكم تصرف أحد الشركاء فى جزء مفرز فى العلاقة بين طرفيه ، اختلافا يرجع فى الواقع الى الخلاف حول طبيعة حق الشريك المشتاع فى المقام الاول •

فقد ذهب رأى الى بطلان التصرف على أساس أنه تصرف فى حق الغير ، أخذا بمنطق التحليل السابق ذكره ولكن اذا ما تمت القسمة ووقع الجزء المتصرف فيه فى نصيب المتصرف صار التصرف صحيحا • لذلك يذهب هذا الرأى الى أن المقصود بالمادة ٨٢٦/٢ من التقنين المدنى المصرى التى تجعل التصرف صحيحا ما لم يتوافر الغلط هو بيان حكم التصرف بعد القسمة ووقوع الجزء المتصرف فيه فى نصيب المتصرف وليس بيان حكم التصرف قبل القسمة (١) •

وذهب رأى آخر الى أن تصرف الشريك المشتاع فى جزء مفرز من الشىء الشائع يعتبر تصرفا صحيحا منتجا لآثاره فى العلاقة بين طرفيه ، سواء قبل القسمة أو بعدها ، على أساس أنه يعتبر تصرفا منه فيما يملك لا فى ملك الغير (٢) ، واستنادا الى نص المادة ٨٢٦/٢ من التقنين المدنى المصرى

---

(١) سليمان مرقص ومحمد على أمام ، بند ٢٨٧ ، عبد المنعم فرج الصده ، بند ١٢٩ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٩٩ .
(٢) اسماعيل غانم ، بند ٧٧ ، حسن كيره ، الحقوق العينية الأصلية، =

التى لا تجيز ابطال هــذا التصرف الا اذا كان المتصرف اليــه يجهل أن المتصرف لا يملك الجزء المتصرف فيه ملكية مفرزة دون تفرقة بين الفترة السابقة على القسمة والفترة اللاحقة عليها . هذا فضلا عن أنه لا يمكن التفرقة بين حكم التصرف قبل القسمة وبعدها ــ بصرف النظر عما اذا كان نص المادة ٨٢٦ مدنى مصرى يشمل الفترة اللاحقة للقسمة أو يشمل أيضا الفترة السابقة عليها ــ اذ أن فى ذلك تعليقا لصحة التصرف أو بطــلانه على نتيجة القسمة وهى أمر لاحق لانعقاده ، مع أن بطلان التصرف يجب أن يرجع الى عيب يلحق به وقت انعقاده (١) .

وذهب رأى ثالث الى صحة التصرف الصادر من الشريك فى جزء مفرز من الشىء ، لا باعتباره كذلك ، ولكن صحته باعتباره تصرفا فى حق الملكية الشائع الذى يكون للشريك . بعبارة أخرى يرى هذا الفقه أنه اذا كان التصرف بيعا مثلا لجزء مفرز فان هذا البيع يتحول الى بيع للحق الشائع بحيث يصبح المشترى مالكا على الشيوع بنسبة الجزء الذى اشتراه فى حدود حق الشريك البائع ويصبح بالتالى شريكا للشركاء الآخرين ، ويعتبر البيع باطلا فيما جاوز هذه الحصة لصدوره من غير المالك (٢) . وواضح

= بند ١١٨ ، وبحثه السابق ، شفيق شحاته ، بنــد ١٤١ ، عبــد المنعم البدراوى ، بند ١٣٢ ، السنهورى بند ٥٣١ ، نقض مدنى ١٩٥٠/١٢/٧ مجموعة أحكام النقض ، ٢ ، رقم ٢٧ ص ١٣٨ .

(١) لا يتصور ربط مصير التصرف بأمر لا حق على انعقاده الا فى حالة شرط التعليق (الشرط الواقف) ، وهو ما يرفضه بعض أنصار فكرة البطلان صراحة باســتبعادهم لحالة (الشرط الواقف) من نطاق البحث . (أنظــر منصور مصطفى منصور ، بند ٦٨) .

هذا ، ويلاحظ كما قلنا ــ ان القول بالبطلان لا يستقيم من ناحية المنطق الا بالنسبة لحقوق الشركاء الاخــرين . أما بالنسبة لحق الشريك المتصرف فالمنطق يؤدى الى صحة التصرف .

(٢) أنور سلطان ، عقد البيع ، الطبعة ٢ ، بند٤١٤ ، عبد المنعم البدراوى بند ١٣٢ .

أن هذا الرأى يخالف الارادة الحقيقية والظاهرة للمتعاقدين • وهو كذلك فى مصر يخالف نص المادة ٢/٨٢٦ مدنى مصرى • فهذه المادة تتعرض لحالة القسمة بعد التصرف وتنص على أن حق المتصرف اليه ينتقل الى الجزء الذى آل الى المتصرف بمقتضى القسمة ، مما يدل على أن المتقاسم هو الشريك المتصرف وليس المتصرف اليه وان المتصرف لا زال بالتالى شريكا لبقية الشركاء • فلو كان التصرف يصح على اعتبار أنه تصرف فى الحق الشائع وليس فى الجزء المفرز الذى ورد عليه التصرف لكان المتقاسم هو المتصرف اليه باعتباره شريكا لبقية الشركاء •

وفى رأينا أنه لا مناص من التسليم بصحة التصرف الصادر من الشريك منفرداً فى جزء مفرز من الشىء الشائع ما لم يكن المتصرف اليه جاهلا وقت التصرف أن المتصرف غير مالك ، فى مصر ، نزولا على حكم المادة ٢/٨٢٦ من التقنين المدنى • ولا شك لدينا بعد ذلك أن هذا الحكم الذى قررته المادة ٢/٨٢٩ قد جاء على خلاف التكييف الصحيح لحق الشريك المشاع وما يؤدى اليه من اعتبار تصرفه تصرفا فيما يملك بالنسبة لحقوق شركائه • أما فى لبنان ، حيث لا يوجد نص كنص المادة ٢/٨٢٦ مصرى فيجب اعتبار مثل هذا التصرف تصرفا قابلا للابطال لمصلحة المتصرف اليه نزولا على التكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع وما يؤدى اليه من اعتبار تصرفه تصرفا فى ملك الغير [1] •

١٣٦ ـــ وترجع قابلية تصرف الشريك المشتاع فى جزء مفرز من الشىء

---

(١) ولعله كان من المناسب تصحيح التصرف فى ملك الغير بصفة عامة فى لبنان ومصر والاكتفاء بكونه غير نافذ فى حق هذا الغير . ففى مثل هذا الحكم ما يقضى على الاشكالات الناتجة عن ابطال التصرف فى ملك الغير مع ضمان الحماية اللازمة للغير المتصرف فى ملكه .

للابطال لمصلحة المتصرف اليه ، اذ كان يجهل أن المتصرف لا يملك الشيء المتصرف فيه ملكية مفرزة ، فى القانون المصرى ، الى القواعد العامة فى الغلط . ولذلك اذا تمت القسمة قبل الحكم بابطال التصرف ووقع الجزء المتصرف فيه فى نصيب المتصرف ، فلا يجوز الحكم بالابطال تطبيقا للمادة ١٢٤ مدنى مصرى التى تقضى بأنه ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يوجبه حسن النية . وتطبيقا لنفس الحكم لا يجوز القضاء بالابطال أيضا اذا أقر سائر الشركاء تصرف شريكهم لان هذا الاقرار يجعل التصرف فى حكم التصرف الصادر منهم جميعا ، أو اذا تلقى الشريك ملكية الجزء الذى تصرف فيه لاى سبب كان .

١٣٧ — واذا كان نص المادة ٨٢٦ مدنى مصرى لم يتعرض الا لحالة تصرف الشريك فى جزء مفرز من المال الشائع ، فان حكمها يسرى أيضا على حالة تصرف الشريك المشتاع فى كل الشيء الشائع . ولا يقال فى هذا الصدد ان عدم النص على حكم التصرف فى كل الشيء الشائع يبيح الاخذ بالحكم الذى يمليه تحليل حق الشريك على الشيوع ، واعتبار التصرف فى الشيء الشائع باطلا فى حدود حقوق باقى الشركاء ، على أساس أنه تصرف فى ملك الغير [1] ، لا يقال ذلك لانه لا يوجد ما يبرر التفرقة بين التصرف فى الشيء كله وبين التصرف فى جزء مفرز منه [2] . أما فى لبنان فيأخذ هذا التصرف حكم التصرف فى جزء مفرز من حيث اعتباره قابلا للابطال فى جميع الاحوال على أساس أنه تصرف فى ملك الغير .

---

(١) أنور سلطان ، بند ٤١٣ ، شفيق شحاته ، بند ١٤٣ ، محمد على عرفة بند ٣٠٣ ، عبد المنعم البدراوى ، بند ١٣٥ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ١٣٤

(٢) اسماعيل غانم ، بند ٧٨ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٨٧ ، انظر أيضا : السنهورى ، بند ٥٣ . ومع ذلك فهو يرى نفاذ البيع فى حق الشركاء الاخرين بالنسبة لحق الشريك المشتاع بحيث يعتبر شريكا لهم (بند ٥٣٥) .

١٣٨ — على أن تصرف الشريك فى جزء مفرز من الشىء الشـــائع أو فى الشىء كله وان اعتبر فى القانون المصرى صحيحا بحسب الاصل — ما لم يتوافر الغلط — بالرغم من وروده على حقوق الغير فيما يتعلق بحقـــوق الشركاء الاخرين ، وخلافا للقواعد العامة التى تقضى ببطلان التصرف فى ملك الغير — كأصل عام — الا أن هـــذا التصرف لا يمكن أن يكون له من الاثر سوى ترتيب التزامات شخصـــية بين طرفيـــه ، دون أن يرقى الى ترتيب الاثار العينية للتصرف بنقل الملكية الى المتصرف اليه ، ما لم يقـــر التصرف باقى الشركاء أو يتملك المتصرف الجزء المتصرف فيه ملكية مفرزة بأى سبب من الاسباب [1] .

ومع ذلك فقد ذهب البعض الى أن تصرف الشريك المشتاع يترتب عليه أثره العينى — بانتقال الملكية — قبل الكافة عدا بقية الشركاء [2] .

فاذا تمت القسمة ، فقد رتب المشرع المصرى فى المـــادة ٢/٨٢٦ على صحة التصرف الصادر من الشريك المشتاع فى جزء مفرز من الشىء الشائع، أنه اذا وقع هذا الجزء فى نصيب المتصرف ثبت حق المتصرف اليه على هذا الجزء ، أما اذ « لم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق القسمة » . ومعنى ذلك أنه فى هذه الحالة الاخيرة ينتقل حق المتصرف اليه الى قدر مما وقع فى نصيب المتصرف يعادل قيمة الجزء الذى تصرف فيه .

---

(١) فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، ص ١٩٩ ، هـ ٢ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٦٩ .

(٢) حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ١٢٢ بالهامش ، وبحثه المشار اليه ، بند ٧ . وأنظر فى نقد هذا الرأى وما يترتب عليه من صعوبات عملية ونتائج شاذة : اسماعيل غانم ، الموضع السابق ، منصور مصطفى منصور ، ص ١٧٤ ، بند ١ .

وتفسير ذلك ــ فيما يذهب اليه الفقه الغالب ــ أن المشرع قد اتخــذ من فكرة الحلول العينى وسيلة للابقاء على أثر التصرف الصحيح الصادر من الشريك رغم أن القسمة قد أسفرت عن وقوع الجزء المتصرف فيه فى نصيب شريك آخر ، مما لا يكون معه هذا التصرف نافذا فى حقه ، وذلك باحلال الجزء الذى وقع فى نصيب الشريك المتصرف محل الجزء المتصرف فيــه أصــلا [1] .

غير أن التسليم بأن التصرف فى جزء مفرز لا يرتب ســوى التزامات وحقوق شخصية ، قد يحول دون اعمال فكرة الحلول العينى فى هــذه الحالة . لذلك يذهب رأى آخر الى الاكتفاء بالقول بأن المشرع قد قضى بتنفيذ الالتزامات بنقل الملكية ، أو اعطاء الحق بصفة عامة ، على غــير محله الذى ورد عليه ابتداء [2] .

وقد بينت المادة ١٠٣٩/٢ من التقنين المدنى المصرى اجراءات انتقــال حق المتصرف اليه اذا كان التصرف الصادر من الشريك رهنا رسميا بنصها على أنه « اذا رهن أحد الشركاء .. جزءا مفرزا من العقار (الشائع) ، ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها انتقل الرهن بمرتبتــه الى قدر من هذه الاعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهونا فى الاصل ، ويعين هذا القدر بأمر على عريضة ، ويقــوم الدائن المرتهن باجراء قيــد جديد يبين فيه القدر الذى انتقل اليه الرهن فى خلال تســعين يوما من الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة . ولا يضر انتقال

---

(١) اسماعيل غانم ، بند ٧٧ ، حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ١٢٢ ، ص ٣٣٨ ، هـ ١ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، بند ٦٩ ، ورسالته فى الحلول العينى فى القانون المدنى المصرى ، بند ٩٦ . وقارب السنهورى ، بند ٥٣ .

الرهن على هذا الوجـــه برهن صـــدر من جميـــع الشركاء ولا بامتيـــاز المتقاسمين » • ويذهب الفقه الى اتباع هذه الاجراءات أيا كان التصرف الصادر من الشريك ، بطريق القياس (١) •

حكم تصرف أحد الشركاء فى الشىء الشائع أو فى جزء منه بالنسبة لبقية الشركاء :

١٣٩ ــ اذا كان تصرف الشريك المشتاع فى الشىء الشائع أو فى جزء منه يعتبر تصرفا منه فيما لا يملك فهو بهذه المثابة يشكل مساسا بحقوق الشركاء الآخرين الذين لهم حقوق على الشىء الشائع مثلهم فى ذلك مثل الشريك المتصرف • والقاعدة العامة ان كل عمل من الاعمال يقوم به الشريك منفردا على الشريك الشائع ويترتب عليه المساس بحقوق شركائه يكون غـــير نافذ فى حقهم • ويترتب على ذلك أنه اذا قام أحد الشركاء ببيع الشىء الشائع أو جزء مفرز منه أو قام برهنه أو بانشاء حق عينى آخر عليـــه فلا يكون للمشترى أو الدائن المرتهن أو صاحب الحق العينى الاخر أن يحتج بحقه على بقية الشركاء سواء قبل القسمة أو بعدها ، حتى مـــع اعتباره صحيحا بين طرفى التصرف فى القانون المصرى نزولا على حكم المادة ١/٨٢٦ من القانون المدنى ، ويكون لهؤلاء أن يصدورا فى تصرفاتهم على أساس عدم وجود التصرف ، بل ويكون لهم اذا ما كان التصرف بيعا مثلا

---

(١) يلاحظ أن التصرف ينتقل وفقا للمادة ٢/٨٢٦ الى جزء من العقار ذاته ، بينما الرهن الرسمى وفقا للمادة ٢/١٠٣٩ قد ينتقل الى عقار مستقل تماما عن العقار الذى ورد الرهن ابتـــداء على جـــزء منه . ويرى البعض (منصور مصطفى منصور ، بند ٧٠) أن حكم المـــادة ٢/١٠٣٩ محل نظـــر لان المشرع لم يشترط لانتقال الرهن الى عقار مستقل عن العقار المرهون أن يكون الجزء المرهون فى العقار الاول مساويا فى القيمة لحق الراهن فيه ، مما قد يضر ، دون مبرر مقبول ، بدائنى الراهن الذين ارتهنوا منه أثناء الشيوع حقه فى العقار الذى ينتقل اليه الرهن .

واستطاع الشريك البائع تسليم الشىء الشائع أو الجزء الذى باعه منه الى المشترى أن يرفعوا عليه دعوى الاستحقاق للاعتراف بحقوقهم فيه باعتبار هذه الحقوق ترد على الشىء كله ، لا للحصول على جزء مادى معين منه يعادل حصة كل منهم ، دون انتظار لنتيجة القسمة .

على أن محكمة النقض المصرية لم تأخذ بهذه القاعدة المنطقية الواضحة فى ظل القانون المدنى القديم . فقد ذهبت الى أنه ليس للشريك أن يرفع دعوى الاستحقاق الا بعد القسمة ووقوع المبيع فى نصيبه هو لا فى نصيب الشريك البائع [1] .

والواقع أن هذا القضاء ينبع من نفس الرغبة التى حدت بالمحكمة فى ظل القانون القديم الى اجازه أعمال الادارة الصادرة من الشريك منفردا رغم ما يكون فيها من مساس بحقوق الشركاء الآخرين ، والتى سبقت الاشارة اليها ، وهى تمكين الشريك من الحصول على أقصى ما يستطيع من منافع الشىء الشائع . ولقد كان مبعث هذه الرغبة أن القانون المدنى القديم كان يستلزم اجماع الشركاء للوصول الى قرار ملزم فى ادارة الشىء الشائع أو التصرف فيه مما كان يترتب عليه أنه كانت تكفى معارضة واحد من الشركاء مهما قل نصيبه لتعطيل الانتفاع بالشىء الشائع أو التصرف فيه . وقد بينا كيف أن المشرع قد تجنب مثل هذا الوضع الضار بتمكين الاغلبية من اتخاذ قرار ملزم سواء فيما يتعلق بالادارة أو التصرف .

---

(١) أنظر :

نقض مدنى ١٩٣٢/٦/١٦ : مجموعة القواعد القانونية ، جـ ١ ، ص ٣٧٤ ،
نقض مدنى ١٩٤٩/٢/١٥ : المجموعة السابقة ، جـ ١ ، ص ٣٧٤ ،
نقض مدنى ١٩٥٠/١٢/١٧ : المجموعة السابقة ، جـ ١ ، ص ٣٧٥ ،
نقض مدنى ١٩٥٥/٦/٣٠ : المجموعة السابقة ، جـ ١ ، ص ٣٧٥ .

ولذلك لم يعد لهذا القضاء سند من القانون أو من الواقع ، ويتعين القول بأن تصرف الشريك المشتاع فى الشىء الشائع أو فى جزء مفرز منه لا ينفذ فى حق الشركاء المشتاعين بكل ما يحمل عدم النفاذ من نتائج قانونية [1] .

على أنه يلاحظ أنه اذا تعلق التصرف بمنقول وحازه المتصرف اليه ، من مشتر أو دائن مرتهن ، بحسن نية ، فانه يكتسب الملكية أو الرهن بمقتضى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية (م ٣٠٧ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية — م ٦/٥٧٦ ، ١١١٨ من التقنين المدنى المصرى) مما يعطل اعمال مبدأ عدم نفاذ البيع أو الرهن فى حق الشركاء الآخرين من الناحية العملية .

المبحث الثانى

القسمة

١٤٠ — رأينا كيف أن الشيوع كثيرا ما يكون سببا فى تعطيل الانتفاع بالشىء الشائع . صحيح أن المشرع اللبنانى قد تفادى الى حد ما وان المشرع المصرى قد تفادى الى حد كبير ، هذا التعطيل بتخويله أغلبية الشركاء حق اتخاذ قرار يسرى على الاقلية فيما يتعلق بادارة الشىء الشائع أو فيما يتعلق بادارته والتصرف فيه . ولكن يبقى أن استقلال الشخص بتوجيه الانتفاع بملكه كثيرا ما يكون أجدى من الانتفاع المشترك ، بما يتضمنه من حافز على العمل والابداع ، فضلا عن أن الشيوع بطبيعته مثار

---

(١) اسماعيل غانم ، بند ٧٦ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٩ ، والمراجع المشار اليها فى ص ١٧٨ هـ ٢ . وانظر كذلك فى اصرار محكمة النقض على موقفها حتى فى ظل القانون المدنى الجديد : نقض مدنى ١٩٥٥/٦/٢٨ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٧ ، رقم ١٠٧ ، ص ٧٦٠ .

منازعات بين الشركاء نظرا لتزاحم ملكياتهم على الشىء الواحد ، وهى منازعات ليس فى الامكان تلافيها بأى تنظيم يضعه المشرع للشيوع • لذلك كان المبدأ العام فى الشيوع هو حق كل شريك فى طلب القسمة حتى يتخلص من الشيوع وينفرد بجزء مفرز من الشىء الشائع يرد عليه حقه وحده دون غيره • فالمادة ٨٤٠ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى (بعد تعديلها بقانون ٢١ كانون الاول سنة ١٩٥٤) تنص على أنه « لا يجبر أحد على البقاء فى الشيوع ، فلكل شريك أن يطلب القسمة •• » والمادة ٨٣٤ من التقنين المدنى المصرى تنص على نفس المبدأ بقولها « لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع •• » • وحق كل شريك فى طلب القسمة على هذا النحو « لا يسرى حكم مرور الزمن » عليه على نحو ما يقرره المشرع اللبنانى فى المادة ٨٤٣ من قانون الموجبات ، اذ أن هذا الحق يرتهن وجوده بوجود حالة الشيوع ومن ثم يظل باقيا ما بقيت هذه الحالة دون أن يسرى التقادم على دعوى المطالبة به •

غير أنه اذا كان الاصل هو حق كل شريك فى طلب القسمة ، فقد يكون هناك من الاعتبارات ما يعلو على هذا الاصل ويسوغ الخروج عليه • وهذه الاعتبارات يقدرها القانون اذا كانت اعتبارات موضوعية لا تحتمل الشك ، ويعهد للقاضى بتقديرها اذا كانت اعتبارات تتعلق بالظروف التى تتم فيها القسمة ومدى ملائمتها أو كانت اعتبارات شخصية خاصة بالشركاء الذين هم فى حاجة الى سلطة القاضى الولائية فى مراعاة شئونهم ، ويترك للشركاء أنفسهم هذا التقدير اذا كانت اعتبارات شخصية ولم يكن الشركاء فى حاجة الى رعاية من سلطة القاضى الولائية •

١٤١ — على هذا النحو ، فقد تكفل القانون اللبنانى بالنص فى المادة ٨٤٢ من قانون الموجبات والعقود على أنه لا يجوز طلب القسمة اذا كان موضوع الشركة أشياء لا تبقى بعد قسمتها صالحة للاستعمال المعدة له ، كما تكفل القانون المصرى بالنص فى المادة ٨٥٠ على أنه « ليس للشركاء فى مال شائع أن يطلبوا قسمته اذا تبين من الغرض الذى أعد له هذا المال ، أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع » • فالاستعمال أو

التخصيص المعد له الشيء الشائع اعتبار موضوعي يقتضي منع قسمة هذا الشيء اذا كانت القسمة تتعارض مع هذا التخصيص ، وهو ما سوف نعرض له بالتفصيل عند دراسة الشيوع الاجبارى •

والقسمة برغم أن طلبها حق لكل شريك ، الا أن طلبها فى وقت معين قد يكون غير ملائم لمصلحة بقية الشركاء بالنظر الى الظروف التى تتم فيها • لذلك فالمشرع اللبنانى بعد أن يقرر حق كل شريك فى طلب القسمة فى المادة ٨٤٠ من قانون الموجبات يسترسل بقوله « انما للمحكمة أن توقف دعوى القسمة مؤقتا اذا تحقق لديها عدم ملائمة الظروف لاجرائها » •

والقسمة قد تكون ضارة بمصلحة القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من الشركاء ، وهو اعتبار شخصى قد لا يؤمن ترك تقديره للنائب القانونى عنه فيجب أن يترك أمر تقديره للقاضى • ولذلك نصت المادة ٤١ من قانون الولاية على المال فى مصر على أنه « اذا رفعت دعوى القسمة على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر ، فللمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة ، أن توقف القسمة لمدة لا تجاوز خمس سنوات اذا ثبت لها أن فى التعجيل بها ضررا جسيما » •

١٤٢ — والشركاء بعد ذلك قد يقدرون أن من مصلحتهم البقاء فى الشيوع مدة معينة يستلزمها استثمار معين أو يقتضيها القيام باصلاح معين فيه ، فيلجئون الى الاتفاق على البقاء فى الشيوع هذه المدة ، فيكون هذا الاتفاق ملزما لهم ولمن يأتى بعدهم من خلف عام أو خاص • والاصل أن يصدر مثل هذا الاتفاق من جميع الشركاء ، فاذا صدر من بعضهم دون البعض الاخر ، كان ملزما لمن صدر منهم دون الاخرين [1] •

وقد راعى كل من المشرع اللبنانى والمشرع المصرى فى اجازته البقاء فى الشيوع بناء على اتفاق أن يكون مؤقتا ، والا ترتب عليه الغاء المبدأ

---

(١) اسماعيل غانم ، بند ٨٨ ، حسن كيرة ، المرجع السابق ، بند ١٣٦ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٧٥ ، السنهورى ، بند ٥٣٧ .
Insclopedie Dalloz, T. 2, indivision, No. 212.

العام من حق كل شريك فى طلب القسمة بما قد يجاوز الغرض المقصود من ورائه ، فقررا فى المادة ٨٤١ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى وفى المادة ٨٣٤ من التقنين المدنى المصرى مدة خمس سنوات كحد أقصى له • فاذا جاوزت المدة المتفق عليها للبقاء فى الشيوع هذا الحد كان الاتفاق ملزما للشركاء لمدة خمس سنوات دون ما يجاوز ذلك • ويرى الفقه السائد فى مصر [1] أن انقاص المدة فى هذه الحالة ليس الا تطبيقا للقواعد العامة فى البطلان الجزئى التى نصت عليها المادة ١٤٣ من القانون المدنى بقولهـا « اذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للابطال ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، الا اذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للابطال فيبطل العقد كله » • وبناء على ذلك يذهب هذا الفقـه الى أنه اذا تبين أن الشركاء ما كانوا ليرتضوا الالتزام بالبقاء فى الشيوع لمدة خمس سنوات فحسب ، فان اتفاقهم على أجل يجاوز هذه المدة يكون باطلا كله ، فلا يكتفى بانقاص المدة التى يمتنع طلب القسمة خلالها وانما لا يتقيد الشركاء باتفاقهم حتى لمدة خمس سنوات • ولكنا نرى أن انقاص المدة ليس تطبيقا للبطلان الجزئى وانما هو تطبيق لفكرة تعديل العقد • والتعديل على عكس البطلان لا يتوقف على ارادة أطراف العقـد • فاذا اتفق على البقاء فى الشيوع مدة تجاوز خمس سنوات أنقصت المدة الى خمس سنوات ولو تبين أن الشركاء ما كانوا ليرتضوا البقاء فى الشـيوع لمدة خمس سنوات فقط [2] • ونعتقد أن هذا الحل يتفق تماما مع نص المادة ٨٤١ من قانون الموجبات اللبنانى التى تنص — بعد تقريرها لجـواز الاتفاق على البقاء فى الشيوع مدة خمس سنوات — على أنه « ولا عبرة لاية زيادة على هذا الحد » •

واذا كان لا يجوز الاتفاق على البقاء فى الشيوع مدة تزيد على خمس سنوات فان ذلك لا يمنع — بعد انقضاء المدة المتفق عليها — من الاتفاق

---

(١) اسماعيل غانم ، بند ٨٨ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ١٣٨ ، حسن كيرة ، المرجع السابق ، بند ١٣٦ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٧٥ ، السنهورى ، ص ٥٨٥ ، هـ ٢ .

(٢) راجع فى الفرق بين التعديل والبطلان رسالتنا سالفة الذكر .

من جديد على مدة أخرى • فاذا اتفق الشركاء على تجديد اتفاقهم بمنع طلب القسمة لمدة خمس سنوات أخرى قبل انقضاء المدة الاولى فتحتسب المدة الجديدة من وقت الاتفاق عليها لا من وقت انقضاء المدة السابقة والا ترتب على ذلك الزام الشركاء بالبقاء فى الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات • ولكن لا يجوز الاتفاق مقدما على التجديد لمدد متعاقبة [1] •

واذا كان يجوز الاتفاق على الالتزام بالبقاء فى الشيوع مدة لا تجاوز خمس سنوات فهل يصح مثل هذا الشرط اذا ورد فى الوصية التى تلقى الشركاء بمقتضاها الشىء الشائع اذا كان الشيوع قد نشأ عن وصية ؟ يذهب الفقه الى أن الجوهرى فى نصوص القانون التى تجيز الاتفاق على البقاء فى الشيوع مدة خمس سنوات هو تحديد مدة لا يتجاوزها الالتزام بالبقاء فى الشيوع وليس ارتضاؤهم والالتزام ، ومن ثم فاذا كان من الجائز أن تمنع الوصية الشركاء الموصى لهم من التصرف فى الشىء الشائع فيجوز من باب أولى أن تمنعهم من قسمته خلال مدة معينة لا تتجاوز الحد القانونى اذا كان لذلك باعث مشروع [2] •

ويرى البعض أنه اذا كان هناك اتفاق بين الشركاء على قسمة مهايأة فلا يجوز طلب القسمة قبل انقضاء مدتها والا كان فى ذلك نقض لقسمة المهايأة وهو ما لا يجوز الا باتفاق الشركاء جميعا [3] • غير أن البعض

---

(١) فى هذا المعنى : محمد على عرفة ، بند ٣١٩ ، عبد المنعم البدراوى ، بند ١٥١ ، اسماعيل غانم ، بند ٨٨ ، حسن كيرة ، بند ١٣٦ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٧٥ ، السنهورى ، بند ١٣٧ .

Aubry et Rau, T. 10, No. 662, Planiol, Repert et Boulanger, T. 3, No. 2798.

(٢) اسماعيل غانم ، بند ٨٨ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ١٣٨ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٧٥ . عكس ذلك محمد على عرفة ، بند ٣١٩ ، عبد المنعم البدراوى ، بند ١٥١ ، حسن كيرة ، المرجع السابق ، بند ١٣٦ .

(٣) محمد على عرفة ، بند ٣٣٨ .

الآخر يلاحظ بحق أن قسمة المهايأة ترد على منفعة الشيء الشائع وليس على ملكيته ومن ثم فنفاذها مرتبط ببقاء الشيوع نفسه [1] •

واذا كان الاتفاق بين الشركاء على البقاء فى الشيوع لمدة لا تجاوز ثلاث سنوات ملزما لكل شريك على النحو السابق بحيث يمتنع عليه خلال هذه المدة طلب القسمة ، فان المشرع اللبنانى فى المادة ٢/٨٤١ من قانون الموجبات والعقود يخول للمحكمة الحق فى أن « •• تقضى حتى أثناء المدة المعينة بازالة الشيوع اذا بدت لها أسباب قوية طارئة تبرر ذلك » • وليس هذا الحكم سوى تطبيق لنظرية التعسف فى استعمال الحق • فحق البقاء فى الشيوع الذى ينشأ عن الاتفاق المبرم وفقا للمادة ١/٨٤١ موجبات ، كأى حق آخر يجب أن يخضع للمبدأ العام فى عدم التعسف فى استعماله ، بحيث اذا طلب أحد الشركاء القسمة رغم وجود اتفاق على البقاء فى الشيوع لم ينقض أجله وتمسك شركاؤه بهذا الاتفاق ، فللمحكمة أن تقضى رغم ذلك بالقسمة اذا وجدت أسبابا طارئة تبرر التعجيل بها • وقد كان النص المقابل للمادة ٨٣٤ من القانون المدنى المصرى فى مشروع هذا القانون يخول المحكمة ــ بناء على طلب أحد الشركاء ــ اطالة المدة المتفق عليهـا ولو جاوزت الخمس سنوات أو الامر بالقسمة قبل انقضـائها اذا وجد مبرر لذلك ، ولكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قد استقرت أخيرا على

---

(١) اسماعيل غانم ، بند ٨٨ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ١٣٨ ، منصور مصطفى منصور بند ٧٥ .

ونحن وان كنا من هذا الراى الاخير ، الا اننا ننبه الى انه فى حالة قسمة المهايأة الزمانية يترتب على القسمة النهائية اضرار بالشريك الذى لم يستوف المدة المحددة له للانتفاع بالشيء كله بمقتضى قسمة المهايأة الزمانية . ولذلك نرى انه اذا ما طلبت القسمة النهائية قبل أن يستوفى احد الشركاء أو بعضهم المدة المقابلة لمـا انتفع به شركاؤه بالشيء ، فانه يكون لهذا الشريك أن ينتفع بالشيء الشائع كله حتى يستوفى هذه المدة الاخيرة بالرغم من وقوع القسمة وخروج أنصبة شركائه من ملكيته .

حذف النص الذى يثبت للمحكمة هـذه السلطة « توخيا لاستقرار التعامل » [1] • ومع ذلك فنرى الاخذ فى ظل القانون المدنى المصرى كذلك بمضمون هذا النص ، رغم حذفه ، باعتباره مجرد تطبيق لمبدأ عدم التعسف فى استعمال الحق الذى تقرره المادة الخامسة من هذا القانون [2] •

وسوف نعرض للقسمة فى مطلبين نبين فى الاول منهما طرقها ونبين فى الاخر أثارها :

المطلب الاول

طـرق القسـمة

١٤٣ ــ الاصل أن تتم القسمة باتفاق جميع الشركاء فتكون القسمة اتفاقية • على أنه قد يتعذر الوصول الى اجماع الشركاء مما يلزم معه الرجوع الى القضاء ليتولى بنفسه اجراء القسمة فتكون القسمة قضائية • غير أن المشرع المصرى قد أضاف الى هذين الطريقين من طرق القسمة المشتركين بينه وبين القانون اللبنانى طريقا ثالثا هو القسمة التى تتم بقوة القانون اذا ما كان هناك قسمة مهايأة مكانية استمرت مدة خمس عشرة سنة •

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٦ ، ص ١٠٠ ــ ١٠٤ .

(٢) فى هذا المعنى : حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ، هامش ص ٤٦٤ ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية ، ص ٢١٠ ــ ٢١٢ ، السنهورى، ص ٨٨٨ هـ ٤ . وقارن : اسماعيل غانم ، بند ٨٨ .

١ ــ الاتفاق على القسمة

١٤٤ ــ القسمة الاتفاقية عقد يخضع فى انعقاده وفى صحته وفى أوصافه [١] وفى اثباته للقواعد العامة ، ما لم يرد بشأنها حكم خاص . والاصل أن يكون الاتفاق على القسمة صريحا كما تقدم . على أن مثل هذا الاتفاق قد يستخلص ضمنا من الظروف التى تدل بذاتها على اتفاق الشركاء على قسمة الشىء الشائع قسمة نهائية . من ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية من أنه اذا تصرف أحد الشركاء المشتاعين فى جزء مفرز من الشىء الشائع ، ثم تابعه سائرهم فى التصرف فى أجزاء مفرزة ، فان تصرفهم هذا يدل على رضائهم بهذه القسمة الفعلية التى تمت بفعل جميع الشركاء على السواء ، فلا يجوز لايهم بعد ذلك طلب تثبيت ملكيته لنصيبه شائعا فى الشىء كله [٢] . ومن الواضح أن مجرد استقلال كل شريك بجزء مفرز من الشىء الشائع وسكوته عن معارضة الباقين فيما استقل به كل منهم لا يمكن أن يستخلص منه ارادة ضمنية بالقسمة المنهية للشيوع وان كان من الممكن اعتباره من قبيل الاتفاق الضمنى على قسمة المهايأة .

واذا كان يلزم اجماع الشركاء على القسمة ــ فى غير الصورة السابقة المعروفة بالقسمة الفعلية ــ فالمقصود هو ضرورة تطلب الاجماع حتى تنتج القسمة أثرها فى فض الشيوع . ومعنى ذلك أنه يمكن لبعض الشركاء الاتفاق على القسمة ، بحيث يكون هذا الاتفاق صحيحا ملزما لاطرافه

---

(١) فيجوز أن تكون القسمة معلقة على شرط تعليق (شرط واقف) كما اذا علقت على ثبوت ملكية شىء من الأشياء الداخلة فيها للشركاء ، أو على شرط الغاء (شرط فاسخ) كما اذا علقت على تحول شىء من الاشياء الداخلة فيها من أرض زراعية الى أرض بناء خلال فترة معينة .

(٢) نقض مدنى ١٩٤٤/١٢/٢١ ، القواعد القانونية التى قدرتها محكمة النقض فى خمسة وعشرين عاما ، جـ ٢ ص ٨٦ .

لا يجوز لاحدهم التحلل منه بحجة تخلف بعض الشركاء عن الاشتراك فيه ، ولكن مثل هذا الاتفاق لا يكون ملزما لباقى الشركاء • ويترتب على ذلك أن الاتفاق بين بعض الشركاء لا يفض الشيوع ، ولكن اذا أقره الشركاء المتخلفون ترتب عليه هذا الاثر [1] •

وقد نصت المادة ٩٤١ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى (بعد تعديلها بقانون ٢١ كانون الاول سنة ١٩٥٤) على أنه « للشركاء أن يتفقوا على القسمة بالطريقة التى يرونها واذا كان بينهم غير ذى أهلية أو غائب غيبة متقطعة ، فلا يكفى موافقة ممثله الشرعى بل يجب أن يحكم القاضى المدنى المختص بالتصديق على القسمة لتصبح نافذة » • كذلك نصت المادة ٨٢٥ من القانون المدنى المصرى على أنه « للشركاء اذا انعقد اجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها • فاذا كان بينهم من هو ناقص الاهلية وجب اتباع الاجراءات التى نص عليها القانون » • والمقصود بالاجراءات المشار اليها فى المادة ٨٢٥ المذكورة هو الاجراءات التى نص عليها قانون الولاية على المال فى مصر • فالمادة ٤٠ من هذا القانون تنص على أنه « على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى اذا كانت له مصلحة فى ذلك • فاذا أذنت المحكمة عينت الاسس التى تجرى عليها القسمة والاجراءات الواجبة الاتباع • وعلى الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها • وللمحكمة فى جميع الاحوال أن تقرر اتخاذ اجراءات القسمة القضائية » • ونصت المادة ٨٩ على أنه « يسرى فى شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسرى فى شأن قسمة مال القاصر من أحكام » •

---

(١) نقض مدنى ١٩٥٠/٢/٢٣ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١ ، رقم ٧٣ ، ص ٢٧٦ ، نقض مدنى ١٩٥٥/٥/١٩ ، المجموعة السابقة ، س ٦ ، رقم ١٥٣ ، ص ١١٥٢ .

ويتضح من هذه النصوص أنه يمكن قسمة الشيء الشائع ــ سواء فى لبنان أو فى مصر ــ اذا اتفق على ذلك جميــع الشركاء ، ويكون للشركاء كامل الحرية فى اختيار طريقة القسمة ، عينا أو بطريق التصفية عن طريق بيع الشيء واقتسام ثمنه • ولا يمنع من القســمة الاتفاقية أن يكون بين الشركاء شريك غير كامل الاهليــة أو غائب ، غاية ما فى الامر أن هــذه القسمة تخضع لرقابة المحكمة • غير أن هذه الرقابة رقابة لاحقه فى القانون اللبنانى بينما هى رقابة سابقة ولاحقة فى آن واحد فى القانون المصرى فالمشرع المصرى لا يكتفى بتصديق المحكمة على القسمة كما يفعل المشرع اللبنانى وانما يوجب أن يقوم النائب عن غير كامل الاهلية ان كان وصيا أو قيما أو وكيل الغائب باستئذان المحكمة قبل القســمة الانفاقية ، فاذا أذنت بها حددت أسسها واجراءاتها وتعين على طالب الاذن عرض نتيجتها عليها بعد اجرائها للتصــديق ، حتى تكون نافذة فى حق القــاصر ومن فى حكمه [1] ولا يتعين الالتجاء الى القسمة القضائية الا اذا رفضت المحكمة هذا الاذن أو لم تطمئن الى نتيجة القسمة • كذلك فان هذه الرقابة اللاحقة فى القانون اللبنانى شاملة لحالة ما اذا كان النائب عن غير كامل الاهاية وليا أو وصيا ــ بجانب حالة وكيل الغائب [2] ، بينما الرقابة فى القانون المصرى قاصرة على حالة ما اذا كان النائب عن غير كامل الاهلية وصيا ــ

---

(١) فاذا لم تراع هذه الاجراءات كانت القسمة قابلة للابطال لصالح القاصر ومن فى حكمه (نقض مدنى ١٩٦٤/١/٢٣ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٥ ، رقم ٢٤ ، ص ١٣١) •

(٢) قضت محكمة التمييز فى ١٩٥٩/١٠/٢٨ (مجمــوعة باز ، ١٩٥٩ ص١٨٥ وما بعدها) بأن ابطال قرار فرض القوامه له أثر رجعى ، الا أن القيم هو وكيل تضامنى ولما كانت الاعمال التى يجريها الوكيل باسم الموكل تعتبر صحيحة اذا كان يجهل انتهاء الوكالة وكان المتعامل معه كذلك يجهل ذلك ، لذلك فالقسمة التى يجريها القيم تكون صحيحة رغم الغاء القوامة اذا كان لا يعلم بذلك هو ومن يقتسم معهم •

بجانب حالة وكيل الغائب • أما اذا كان النائب عن غير كامل الاهلية وليا ، سواءكان الاب أو الجد ، فلا تلزم هذه الرقابة فى القانون المصرى (١) • فاذا باشر القاصر ومن فى حكمه القسمة بنفسه كان العقد قابلا للابطال لكون القسمة من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر (٢) •

١٤٥ — ويخضع الاتفاق على القسمة للقواعد العامة فيما يتعلق بوجوه الطعن المختلفة فيه • وقد قرر المشرع اللبنانى ذلك صراحة بنصه فى المادة ٩٤٧ من قانون الموجبات والعقود على أنه « لا يجوز ابطال القسمة سواء أكانت اتفاقية أم قانونية أم قضائية الا بسبب الغلط أو الاكراه أو الخداع أو الغبن » وينص فى المادة ١/٩٤٩ على « أن ابطال القسمة للأسباب التى عينها القانون يرجع كلا من المتقاسمين الى الحال التى كان عليها من الوجهة القانونية والعملية عند حصول القسمة ، مع مراعاة الحقوق التى اكتسبها شخص ثالث حسن النية وفاقا للاصول ومقابل بدل •• » ولم يخرج المشرع اللبنانى على القواعد العامة فى الابطال الا فى تقريره فى المادة ٢/٩٤٩ أنه « •• يجب أن تقام دعوى الابطال فى السنة التى تلى القسمة ولا تقبل بعد انقضائها »بينما القواعد العامة لا تسقط دعوى الابطال الا بمرور عشر سنوات (م ٢٣٤ موجبات) •

---

(١) ومعنى ضرورة حصول الوصى أو القيم أو وكيل الغائب دون الولى على الاذن أن القسمة تعتبر من أعمال التصرف وليس من أعمال الادارة (قارب السنهورى ، بند ٥٤٣) فاذا جاز ذلك فانه يصح القول بضرورة حصول الولى على هذا الاذن اذا كان هو الجد ، اذ الجد لا يجوز له التصرف الا باذن المحكمة .

(٢) نقض مدنى ٦٢/٥/٣ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٣ ، رقم ٨١ ، ص ٥٩٥ .

على أن المشرع المصرى قد وضع أحكاما خاصة بالغبن فى القسمة بالاتفاق فنص فى المادة ٨٤٥ من التقنين المدنى على أنه :

« ١ — يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى اذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشىء وقت القسمة •

٢ — ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة • وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد اذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته » •

فهذا النص يختلف عن القواعد العامة فى الاستغلال — فى القانون المصرى واللبنانى على السواء — فى أنه يكتفى لامكان نقض القسمة بتوافر الاختلال المادى بين أنصبه الشركاء دون استلزام توافر العنصر النفسى المتمثل فى استغلال المتعاقد الاخر لهوى بين أو طيش جامح فى الطرف المغبون • ومرد ذلك ما تقتضيه وظيفة القسمة من سيادة مبدأ المساواة بين المتقاسمين فى حصول كل منهم على جزء مفرز يوازى حقه الشائع •

على أن المشرع المصرى لم يساير هذا المنطق الى النهاية باباحة نقض القسمة كلما كان هناك اختلال مادى بين الانصبة ، وانما استلزم لذلك أن يكون الغبن الذى لحق أحد المتقاسمين يزيد على الخمس • ولعل المشرع المصرى قد راعى فى ذلك تحقيق نوع من الاستقرار فى التعامل ، وهو ما قد يودى به اباحة نقض القسمة اذا توافر فيها أى غبن كان •

والعبرة فى تقدير الغبن بقيمة الشىء المقسوم وقت القسمة لا وقت قيام الشيوع • وهذا ما يقتضيه أيضا مبدأ تحقيق المساواة فى حصول كل من الشركاء على ما يعادل حقه الشائع •

فاذا توافر الغبن على النحو المذكور كان للمتعاقد المغبـون أن يرفع دعوى بنقض القسمة خلال السنة التالية لها والا سقط حقه فيها ، خلافا للقواعد العامة فى الابطال [1] • ويترتب على نقض القسمة اعتبارها كأن لم تكن والرجوع الى الشيوع السابق على ابرامها بما يترتب على ذلك من زوال الحقوق التى يكون أحد الشركاء قد رتبها على الجزء المفرز الذى كان قد وقع فى نصيبه مع مراعاة حقوق الغير حسن النية • على أن المشرع المصرى قد خول المدعى عليه فى دعوى نظر القسمة تفادى هذا النقض اذا أكمل للمدعى ما نقص من حصته نقدا أو عينا [2] •

---

(١) ومدة السنة مدة سقوط وليست مدة تقادم فلا يرد عليها الوقف أو الانقطاع .

ويلاحظ ان دعوى نقض القسمة تختلف فى مدة سقوطها عن مدة سقوط دعوى تكملة الثمن فى بيع عقار غير كامل الاهلية فى القانون المصرى فهذه الاخيرة تسقط بمضى ثلاث سنوات من وقت توافر الاهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع .

(٢) فلا يكفى — على عكس الحال فى بيع عقار غير كامل الاهلية فى القانون المصرى — أن تكمل حصة المتقاسم المغبون الى أربعة أخماس ما يستحق . وهذا الفرق بين الغبن فى القسمة والغبن فى بيع عقار غير كامل الاهلية مفهوم على ضوء مقتضى القسمة من تحقيق المساواة التامة بين المتقاسمين .

٢ ـ دعـوى القسـمة

١٤٦ ـ اذا لم يكن الشركاء ملزمين بالبقاء فى الشيوع ولم يتفقوا على القسمة كان على من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقى الشركاء الحضور أمام المحكمة حتى تقوم بنفسها بقسمة الشىء الشائع • على أن للمحكمة أن تقرر من تلقاء نفسها القسمة القضائية اذا لم تر الموافقة على القسمة الاتفاقية التى أبرمها الولى الشرعى نيابة عن غير كامل الاهلية أو الغائب فى القانون اللبنانى ، أو اذا لم تأذن لوصى غير كامل الاهلية أو قيمه أو الغائب بالقسمة الاتفاقية ، أو اذا كانت قد أذنت بذلك لكنها لم ترد التصديق على القسمة الاتفاقية لاجحافها بمثل هذا الشريك فى القانون المصرى ، اذا كان فى الشيوع شريك غير كامل الاهلية أو شريك غائب ، على نحو ما رأينا •

ودعوى القسمة كما هو واضح من النص ترفع من الشريك على شركائه• والشريك هو من له حق شائع فى الشىء سواء كان شريكا أصليا أو كان خلفا عاما أو خاصا تلقى ملكية الحق الشائع من سلفه [1] • فلا ترفع الدعوى ممن اشترى جزء مفرزا من أحد الشركاء أثناء الشيوع أو عليه ؛ اذ أن البيع وان كان صحيحا بحيث يعتبر هذا المشترى دائنا للبائع الا أنه لا يلزم باقى الشركاء ولا يرتب أثره العينى ، فيكون الشريك البائع هو

---

(١) ويجب أن يقوم مشترى الحق الشائع بقيد عقده فى السجل العقارى أو تسجيله حتى تنتقل اليه ملكيته ويصير شريكا (نقض مدنى ١٩٦٠/٤/٢١، مجموعة أحكام النقض ، س ١١ ، رقم ٤٩ ، ص ٣٣٤) . وقد قضت محكمة النقض بأن الشريك الذى يبيع حقه الشائع بعد رفع دعوى القسمة لا يعتبر ممثلا للمشترى طالما سجل هذا الاخير عقده قبل انتهاء اجراءاتها (نقض مدنى ١٩٥٣/١/٢٣ ، مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما ، جـ ١ ص ٦٣) .

صاحب الحق فى رفع دعوى القسمة وهو الذى يجب اختصامة فيها ، ويكون الحكم الصادر فى هذه الدعوى حجة على المشترى • وليس لدائنى الشريك رفع دعوى القسمة بصفة أصلية ، وانما لهم استعمال حق مدينهم فى طلب القسمة عن طريق الدعوى غير المباشرة اذا توافرت شروطها •

ويجب توجيه الدعوى الى كافة الشركاء • فاذا أغفل فى توجيهها أحدهم لم يكن الحكم الصادر فيها حجة عليه وان كان حجة على الباقين الذين وجهت اليهم الدعوى رغم ذلك [1] • على أنه لمن توجه اليه دعوى القسمة من الشركاء أن يتدخل فيها ، ويصح ادخاله فيها بناء على طلب المدعى أو المدعى عليه (م ٥٨ أصول محكمات مدنية لبنانى وم ١٥٣ و١٤٣ مرافعات مصرى) ، كما يجوز للمحكمة أن تأمر بادخاله من تلقاء نفسها (م ٦٥ أصول محاكمات مدنية لبنانى و م ١٤٤ مرافعات مصرى) •

١٤٧ ــ وقد نصت المادة ٩٤٢ من قانون الموجبات اللبنانى على أنه يجب توجيه الدعوى كذلك الى « •• أصحاب الحقوق العينية المدرجة أسماؤهم فى السجل العقارى أو فى كشف المختار فى العقارات غير المحرزة أو المحددة » ونصت المادة ٩٤٣ من نفس القانون على أنه « ما يحق لدائنى الشركة أو لدائنى أحد الشركاء المتقاسمين ، المصاب باعسار ، أن يعارضوا فى أن تتم القسمة أو بيع المال المشترك بالمزاد فى غيابهم • ويمكنهم التدخل على نفقتهم ، ويحق لهم أيضا طلب ابطال القسمة اذا كانت قد أجريت بالرغم من اعترافهم » • كذلك نصت المادة ١/٨٤٢ من التقنين المدنى المصرى على أن « لدائنى كل شريك أن يعارضوا فى أن تتم القسمة عينا أو أن يباع

---

(١) نقض مدنى ١٩٥٥/١/٢٤ ، مجموعة احكام النقض ، س ٦ ، رقم ٢٢٠٩ ، ص ١٥٢٧

المال بالمزاد بغير تدخلهم • وتوجه المعارضة الى كل الشركاء ، ويترتب عليها الزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين فى جميــع الاجراءات ، والا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم • ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة » [1] •

و قد قصد المشرع اللبنانى والمشرع المصرى من هذه النصــوص تمكين الدائنين من مراقبة اجراءات القسمة منعا لتــواطؤ الشركاء على الاضرار بحقوقهم ، كأن يتفق الشركاء على اختصاص المدين منهم بأشياء لا يجوز الحجز عليها أو بنقود أو منقولات يسهل اخفاءها ، أو على عدم اختصاصه بالجزء المفرز الذى تصرف فيه حتى يفوت على المتصرف اليه غرضــه • ومقتضى ذلك أنه يجب على الشركاء ادخال الدائنين المقيدة حقــوقهم فى السجل العقارى كدائن صاحب تأمين فى القانون اللبنانى ودائن صاحب رهن رسمى فى القانون المصرى ، قبل رفع دعوى القسمة • أما الدائنون المقيدة حقوقهم بعد رفع الدعوى فلا يلزم الشركاء بادخالهم الا اذا قام هؤلاء الدائنون بالمعارضة فى أن تتم القسمة بغير تدخلهم وتوجيه هــذه

---

(1) ويلاحظ أن هذه النصوص اللبنانية والمصرية بصياغتها الراهنة تقتصر على القسمة القضائية ، فلا يترتب على معارضـــــة الدائن الزام الشركاء بادخاله فى القسمة الاتفاقية رغم أن ذلك أدعى فى القسمة الاتفاقية حيث يكون للدائن التدخل دائما من تلقاء نفسه فى القسمة القضائية . وقد ترتب على ذلك أن ذهب البعض فى مصر الى أن عبارة النص التى تفترض أن القسمة قضائية قاصرة على واجب الشركاء فى ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم من غير معارضة ، دون حق الدائن عموما فى أن تتم القسمة بغير تدخله الذى يشمل القسمة الاتفاقية (اسماعيل غانم ، بند ١٠ ، منصور مصطفى منصور ، بنــد ١٧٨) .

وذهب البعض الاخر الى وجوب التوسع فى تفسير المـــادة ٨٤٢ من التقنين المدنى المصرى بما يجعل حكمها يمتد بأكمله الى القسمة الاتفاقيــة (السنهورى ، بند ٥٦٣) .

المعارضة الى جميع الشركاء • على أن للدائنين بالطبع أن يتدخلوا فى دعوى القسمة من تلقاء أنفسهم عن طريق الانضمام الى مدينيهم الخصوم فيها طبقا للقواعد العامة (م ٥٨ أصول محاكمات مدنية لبنانى و م ١٥٣ مرافعات مصرى) •

فاذا كان على الشركاء واجب ادخال الدائنين ـ على النحو السابق ـ ولم يقوموا بادخالهم ، كانت القسمة غير نافذة فى حق هؤلاء الدائنين ، فيعود الشىء الى حالة الشيوع بالنسبة لهم بحيث يكون لهم طلب القسمة من جديد [1] • وقد عبر المشرع اللبنانى عن هذا الجزاء المتمثل فى عدم النفاذ تحوزا بالبطلان ، اذ نص فى نهاية المادة ٩٤٣ على أنه يحق للدائنين « •• طلب ابطال القسمة اذا كانت قد أجريت بالرغم من اعتراضهم» غير أن المشرع اللبنانى قد عنى مع ذلك بالنص على أنه يكون « للشركاء المتقاسمين أو لاحدهم أن يوقفوا دعوى ابطال (عدم نفاذ) القسمة بايفاء الدائن أو بايداع المبلغ الذى يدعيه » (م ٩٤٤ موجبات) ، وهو حكم يجب الاخذ به كذلك فى القانون المصرى رغم عدم النص •

فاذا لم يتدخل الدائن فى الدعوى ولم يكن من الواجب على الشركاء ادخاله فيها طبقا للمواد ٩٤٢ و ٩٤٣ موجبات لبنانى والمادة ٨٤٢/١ مدنى مصرى ، فليس له الا أن يطعن فيها بعد تمامها بدعوى عدم نفاذ التصرفات اذا توافرت شروطها بتوافر اعسار الشريك المدين وتوافر الغش • وقد

---

(١) يجوز للدائنين بالطبع الاقتصار على مطالبة الشركاء متضامنين بتعويض الضرر الذى لحقهم من القسمة ، على أساس الخطأ الذى ارتكبوه بعدم القيام بادخالهم فى القسمة .

ويلاحظ أن البعض يشترط لعدم نفاذ القسمة فى حق الدائنين أن يقوم هؤلاء باثبات ضرر أصابهم من جراء عدم ادخالهم فيها (السنهورى ، بند ٥٦٩) .

عنيت المادة ٢/٨٤٢ مدنى مصرى بالاشارة بوجه خاص الى شرط الغش بقولها : « .. اذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها الا فى حالة الغش » [1] .

والاصل أن تتم القسمة عينا بحيث يختص كل شريك بجزء مفرز من الشىء الشائع . على أن الشىء الشائع قد لا يقبل القسمة عينا أو قـد

---

(١) وقد جعل المشرع المصرى الاختصاص بنظر دعوى القسمة للمحكمة الجزئية فى جميع الاحوال ولو تجاوزت قيمة الاشياء المطلوب قسمتها نصاب هذه المحكمة باعتبار أن اختصاصها قاصر على اجراء القسمة وتعجيلا بهذه الاجراءات . لذلك فهذا الاختصاص الاستثنائى قاصر على ما تثيره القسمة من مشاكل ، كتعيين حصة كل شريك فى الشىء الشائع أو تقرير بيع الشىء فى المزاد اذا تعذرت قسمته عينا (نقض مدنى ١٩٥٩/٢/١٢ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٠ ، رقم ٢١٩ ، ص ١٣٤) . أما اذا أثارت القسمة مشاكل تخرج عن صميمها ويتعين الفصل فيها قبل السير فى اجراءاتها ، كالمنازعة فى أصل الملكية الشائعة أو فى قدر الحق الشائع لاحد الشركاء ، فان هذه المشاكل تخضع للقواعد العامة فى الاختصاص النوعى . وعلى ذلك اذا ثارت منازعة فىمثل هذه المسائلالتى تخرج عن صميمالقسمة وقدرت هذه المحكمة جديتها وكان الفصل فيها يخرج عن نصابها ، تعين عليها أن توقف دعوى القسمة وأن تحيل الخصوم الى المحكمة الابتدائية وأن تعين لهم الجلسة التى يحضرون فيها . ويستمر وقف دعوى القسمة حتى يفصل نهائيا فى هذه المنازعة الفرعية (م ٢/٨٣٨) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان النزاع المثار امام محكمة القسمة يدور حول ما اذا كان السلم المشترك مملوكا على سبيل الشيوع العادى أو الاجبارى ، وحول تحديد نطاق الصلح المعقود بين الطرفين بشأن هذا السلم، فهو بهذه المثابة نزاع لا يتعلق بتكوين الحصص ويخرج من اختصاص المحكمة الجزئية اذا كانت قيمة السلم المتنازع عليه ــ كما قررها الخبير ــ تجاوز نصاب هذه المحكمة (نقض مدنى ١٩٦٢/١/٢٥ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٢ ، رقم ١٦ ، ص ١٠٤) .

ونظرا لما تقتضيه القسمة من اجراءات قد تطول ، فقد خـول المشرع المصرى للمحكمة اذا لم يتوصل الشركاء الى اتفاق على قسمة الشىء قسمة مهايأة تنظيما للانتفاع به أ[illegible]ت القسمة ، أن تأمر ــ بناء على طلب أحد الشركاء ــ بقسمة الشىء مهايأة بينهم حتى تتم القسمة النهائية ، بعد الاستعانة بخبير اذا اقتضى الامر ذلك .

يترتب على قسمته عينـــا نقص كبير فى قيمته • لذلك فقـــد خول المشرع للمحكمة اجراء القسمة فى هذه الحالة الاخيرة بطريق التصفية •

القسمة العينية :

١٤٨ ــ وتكون القسمة العينية بأن يختص كل شريك بجزء من الشىء الشائع يعادل حقه الشائع •

ويفرق المشرع اللبنانى فى المادة ٢/٩٤٢ فى طريقـــة تعيين الانصبة بين العقارات المتلاصقة والعقارات غير المتلاصقة • ففى العقارات المتلاصقة يكون تعيين أنصبة الشركاء بطريقة الضم والفـــرز (م ١٠٠٣/٩٤٢) • وفى العقارات غير المتلاصقة يكون تعيين هذه الانصبة على أساس النظر الى هذه العقارات كما لو كانت مجتمعة ، ثم اتخاذ قيمتها أساسا للتعيين ، بحيث يستطيع واحد أو أكثر من الشركاء فى النهاية أن يختص بقطعة أو عدة قطع (م ٣/٩٤٢ ــ ٢) • والمقصود بالقيمة فى هذا الصدد هو القيمة بالطبع وقت القسمة لا وقت بدأ الشيوع •

والمفروض أن يتم التقسيم الى قطع تعادل كل منهـــا أصغر نصيب • ولكن أصغر نصيب قد يكون من الضـــآلة بحيث لا يمكن التقســـيم على أساسه ، كما أن التقسيم على هذا الاساس مهما كان ممكنا قـــد لا يمكن من تفادى التفاوت بين الانصبة • لذلك فقد احتاط المشرع لهذا الوضع فنص فى المادة ٣/٩٤٢ ــ ٣ على أنه « فى حالة ضآلة الحصص ــ واســـتحالة تعيين الانصبة على أســـاس أصـــغرها ــ يمكن الجمـــع بين الحصص الضئيلة وضمها الى نصيب واحد أو أكثر • كذلك عنى المشرع فى المـــادة ٣/٩٤٢ ــ ٤ بالنص على أنه « فى حالة التفاوت بين الانصبة ــ يجرى تعديلها بالنقد لغاية الخمس من قيمتها » •

وقد نص المشرع اللبنانى كذلك فى المادة ٢/٩٤٢ من قانون الموجبات على أنه « وعلى المحكمة أن تستعين بأهل الخبرة لتقييم المال الشائع وقسمته عينا دون أن يفوت على أحد الشركاء المنفعة المقصودة منه قبل القسمة مع مراعاة خصائص كل قسم وتأمين استقلاله بقدر الامكان بحقوق الارتفاق » [١] .

واذا ما تم التقسيم على الاسس السابقة فان اختيار الانصبة بعد ذلك يتم عن طريق القرعة ما لم يكن لاحد الشركاء عقار ملاصق للعقار المشترك فيعطى نصيبه من القسم الملاصق حتى لا تفوت عليه المنفعة الكاملة منه (م ٣/٩٤٢ ـــ ٥) .

أما فى التشريع المصرى فتتم القسمة العينية فى الاصل بتقسيم الشىء ـــ عن طريق الاستعانة بخبير ـــ الى أجزاء يعادل كل منها أصغر نصيب ، ثم تجرى القرعة بين الشركاء حتى يتحدد ما يؤول الى كل شريك من هذه الاجزاء . ولكن اذا تعذر على المحكمة مثل هذا التقسيم ، دون ضرر بالشركاء ، كان لها أن تجنب لكل شريك قدرا من الشىء يعادل حقه الشائع ، مستعينة فى ذلك بالخبير . ويجوز أن تتم القسمة بالتجنيب أيضا اذا اتفق على ذلك جميع الشركاء . وفى جميع الاحوال يتعين على المحكمة ـــ بعد الفصل فيما يثيره الشركاء من اعتراضات بشأن تكوين الاجزاء أو بشأن التجنيب ـــ أن تصدر حكما يحدد ما يختص به كل شريك (م ٨٣٩) . على أنه يراعى ، سواء فى القسمة بطريق القرعة أو فى القسمة

---

(١) يلاحظ أن المحكمة قد ترى ضمانا لتمام الانتفاع بقطعة من القطع وتحقيق العدالة بين المتقاسمين انشاء ارتفاق لصالح هذه القطعة على عاتق قطعة أخرى تقع فى نصيب شريك آخر (تمييز ٦ كانون الاول ١٩٥٤ ، مجموعة باز ١٩٥٤ ، ص ١٩٨) .

بطريق التجنيب ، أنه اذا تعذر على المحكمة اعطاء كل شريك نصيبه كاملا، كان لها أن تقرر تكملة نصيب الشريك الذى يحصل على جزء أقل من نصيبه بمعدل نقدى يلزم به من حصل من المتقاسمين على حصة عينية أكبر من نصيبه (م ٢/٨٣٧) • وتكون العبرة فى التقسيم بقيمة الاشياء الشائعة وقت اجراء القسمة لا وقت بدء الشيوع [١] •

هذا ويلاحظ أنه يلزم تصديق المحكمة الابتدائية على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا ، وذلك اذا كان بين الشركاء غائب أو غير كامل الاهلية ، الا اذا كان هذا الشريك ممثلا فى دعوى القسمة بوليه (م ٨٤٠ من القانون المدنى و م٤٠من قانون الولاية على المال) [٢] • فاذا كان ممثلا بوليه فلا يلزم هذا التصديق ، لان سلطة الولى غير مقيدة بما يقيد سلطة الوصى أو القيم أو وكيل الغائب • على أنه يراعى أن حكم المحكمة الابتدائية بوصفها محكمة استئنافية بتأييد حكم محكمة القسمة اذا رفع عنه استئناف اليها ، يقوم مقام التصديق • واذا رفضت المحكمة الابتدائية التصديق على حكم القسمة ، تعين

---

(١) أنظر فى مراحل القسمة المختلفة بالتفصيل : السنهورى ، بند ١٥٥٨ — ١٥٦٢ .

(٢) ويلاحظ ان المادة ٨٤٠ من القانون المدنى المصرى تتكلم عن التصديق على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا ، بينما المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال تتكلم عن التصديق على قسمة الاموال الى حصص ، مما جعل البعض يقول بأنه فى حالة تقسيم الشىء الى حصص يكون التصديق لا على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا ولكن على قسمة الشىء الى حصص ، على أساس أن المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال — وهو لاحق فى صدوره للتقنين المدنى — قد نسخت المادة ٨٤٠ فى هذا الشأن . (فى هذا المعنى : محمد على عرفة ، بند ٣٢٨ ، حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ١٤٤ ، السنهورى ، بند ٥٦٢ . عكس ذلك اسماعيل غانم ، بند ٩٦ ، ص ٢٢٣ ، هو ١) .

عليها أن تقوم بنفسها بالتقسيم على الاسس التى تراها ، بعد دعوة الخصوم •

قسمة التصفية :

١٤٩ — تنص المادة ٣/٩٤٢ — ٦ من قانون الموجبات اللبنانى على أنه « اذا استحالت القسمة عينا — يصار الى بيع المال بالمزاد العلنى وفقا لاحكام قانون التنفيذ بواسطة دائرة الاجراء على أن يتخذ بدل التخمين أساسا للمزايدة الاولى • ويمكن حصر المزايدة بين الشركاء اذا اتفقوا على ذلك » •

وتنص المادة ٨٤١ من التقنين المدنى المصرى على أنه : « اذا لم تمكن القسمة عينا ، أو كان من شأنها أحداث نقص كبير فى قيمة المال الشائع المراد قسمته ، بيع هذا المال بالطرق المبينة فى قانون المرافعات ، وتقتصر المزايدة على الشركاء اذا طلبوا ذلك بالاجماع » •

ويبدو من نص القانون اللبنانى أن قسمة التصفية لا تكون الا اذا استحالت القسمة عينا • أما فى النص المصرى فقسمة التصفية تكون اذا تعذرت قسمة الشىء عينا أو اذا كان من شأن هذه القسمة — ولو لم تكن متعذرة — أحداث نقص كبير فى قيمة الشىء الشائع • ومع ذلك فنعتقد أن المقصود بالاستحالة فى القانون اللبنانى استحالة القسمة العينية دون ضرر كبير بالشركاء يتمثل فى نقص قيمة الشىء نقصا كبيرا • ويرجع فى اجراءات البيع الى قانون أصول المحاكمات المدنية فى لبنان وقانون المرافعات فى مصر •

واذا طرح الشىء للبيع بالمزاد ، فالاصل أن للشركاء ولغيرهم التقدم

للمزايدة • على أن المشرع اللبنانى والمشرع المصرى جعلا للمحكمة أن تقصر المزايـــدة على الشركاء اذا طلبوا ذلك بالاجماع [1] •

فاذا رسا المزاد على أجنبى ، فيعتبر ذلك بيعا ناقلا لملكيـــة الشىء الى الراسى عليه المزاد ، ويعتبر توزيع الثمن قسمة بطريق التصفية ، فتترتب على الحـــكم بهـــذا التوزيع كافـــة آثار القســـمة • أما اذ رســـا المزاد على أى من الشركاء ، فقـــد جـــرى القـــول بأن رســـو المـــزاد يعتبر قسمة بطريق التصفية ، وتترتب على حـــكم مرسى المـــزاد كافـــة آثار القســـمة •

ومع ذلك فقد تشكك البعض فى اعتبـــار رسو المزاد قسمة بطـــريق التصفية تترتب عليه آثار القسمة لا آثار البيـــع [2] • والواقـــع أننا لا نرى أن اختـــلاف الراسى عليـــه المزاد يترتب عليـــه اختلاف تكييف رسو المزاد • فرســـو المزاد يعتبر دائما بيعا تترتب عليـــه آثار البيـــع لا آثار القســـمة ، ولو كان الراسى عليه المزاد هو أحد ملاك الشىء الذى يتم بيعه بالمـــزاد • أما القسمة فتتمثل دائما فى اقتسام الثمن الذى رســـا به المـــزاد •

٣ ــ تحول قسمة المهايأة الى قسمة نهائية بقوة القانون فى القانون المصرى

١٥٠ ــ الاصل أن قسمة المهايأة ترد على الانتفاع بالشىء ولا ترد على

---

(١) على أنه اذا كان بين الشركاء غير كامل الاهلية أو غائب وكان ممثلا فى الدعوى بوصى أو قيم أو وكيل فى مصر ، فيرى البعض أنه يجب استئذان المحكمة ، على أســـاس أن طلب قصر المـــزايدة على الشركاء فضـــلا عن خطورته البينة يتضمن اتفاقا بشأن القسمة (اسماعيل غانم ، بنـــد ٩٧ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٧٧) .

(٢) منصور مصطفى منصور ، بند ٧٧ ، ورسالته فى الحلول العينى ، بند ٥١ .

ملكيته ، ومن ثم فهى لا تنهى الشيوع • على أن المشرع المصرى قد حرص على النص فى المـــادة ٢/٨٤٦ من التقنين المدنى على تحويل قسمة المهايأة المكانية الى قسمة نهائية اذا استمرت مدة خمس عشرة ســـــنة ، وذلك بتجديدها كلما انتهت المدة المقررة لها ، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك • والحكمة من تحول قسمة المهايأة المكانية الى قسمة نهائية اذا استمرت خمس عشرة سنة هى أن « المهايأة المكانية التى تدوم خمس عشرة سنة دون أن يرغب فى انهائها هى خير قسمة نهائية يستطيع الشركاء أن يصلو اليها ، وقـــد وصلوا اليه فعـــلا بالتجربة واطمأنوا الى نتائجها » ، على نحـــو ما توضحه المذكرة الايضاحية [1] •

وقد نصت المـــادة ٢/٨٤٦ من التقنين المدنى المصرى كذلك على أنـــه « اذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المـــال الشائع مدة خمس عشرة سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند على قسمة مهـــايأة » • ومقتضى هذا النـــص أنه يكفى أن يســـتقل كل شريك بجـــزء من الشىء الشـــائع مـــدة خمس عشرة ســـنة حتى تقـــوم قرينة قانونية على أن مثـــل هذا الاستقلال بجـــزء من الشىء الشـــائع يستند الى قســـــمة مهايأة ، وينطبق بالتـــالى حكم الفقرة الاولى من المـــادة المذكورة القاضى بتحويل هـــذه القسمة الى قســـمة نهائية • على أن هـــذه القرينة تقبـــل اثبات العكس • فاذا استطاع أحد الشركاء اثبات أن اســـتقلال كل شريك بحيـــــازة جـــزء من الشىء الشـــائع لا يســـتند الى قســـمة مهـــايأة حال بذلك دون تحقق القسمة النهائية بمضى خمس عشرة سنة على هـــذه الحيازة •

وهذا النوع من القسمة لا يعتبر قسمة اتفاقية ، وان كان يرجع الى

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ، جـ ٦ ، ص ١٣٩ .

الاتفاق فى الاصل ، وانما يعتبر قسـمة قانونية • ولذلك لا تسرى عليه قواعـد القسمة الاتفاقيـة ، فلا يجوز نقضه للغبن ، ولا يمنـع من تحققه أن يكون بين الشركاء من هو غير كامل الاهليـة أو غائب ، ولا يجـب تسـجيله اذا كان الشىء المقسـوم عقـارا ، لان التسـجيل يرد بمقتضى المـادة ١٠ من قانـون الشـهر العقـارى فى مصر على التصرفات والاحكام [١] •

المطلب الثانى

آثـار القسـمة

١٥١ ــ تقوم القسمة بتحديد جـزء مادى من الشىء الشـائع لكل شريك ، أو فى الاقل لبعض الشركاء الذين يطلبون القسـمة اذا اسـتقر الباقون على البقاء فى الشيوع ، ليتملكه ملكية مفرزة • فالاثر الاسـاسى للقسمة هو افراز هذا الجزء الذى يختص به الشريك ، بحيث يكون مقابلا لحقه الذى كان له أثنـاء الشيوع ، ولذلك يلتزم غـيره من المتقاسـمين بضمان ما يحدث له من تعرض أو استحقاق حتى يستقر له هذا الجـزء الذى اختص به فى القسمة •

١ ــ الافـراز

١٥٢ ــ الافراز هو الاثر الجوهرى للقسمة ، وهو الهـدف الذى يرمى اليه المتقاسمون • والافراز فى معناه البسيط لا يعدو أن يكون استبدالا

---

(١) اسماعيل غانم ، بند ٩٢ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٧٩ . وقارب حسن كيره الحقوق العينية الاصلية ، بند ١٢٦ .

لجزء مفرز من الشيء الشائع ، يصبح مملوكا للشريك المتقاسم على سبيل الانفــراد ، بحقه الشـــائع ، ذلك الحق الذى كان واردا على الشيء كله دون أن يخول صاحبه سوى نسبة معينة من كل ميزاته والذى كانت النسبة الباقية من هذه الميزات فيه للشركاء الاخرين • ومع ذلك فقد آثار تكييف عملية الافراز جدلا حادا فى الفقه منذ القانون الرومانى وخلال العصــور الوسطى وما زال يثيره حتى اليوم • ولقد كانت النتائج العملية التى تقضى العدالة بترتيبها على القسمة ، وايجاد الوسيلة الفنية لتبريرها ، هى محــور هذا الخلاف •

الافراز عملية ناقلة للملكية فى القانون الرومانى :

١٥٣ ــ كان القـــانون الرومانى يعتبــر أن لكل شريك فى الشـــيوع حصة فى كل ذرة من ذرات الشيء الشائع [١] ، فاذا ما تمت القســـمة واختص كل شريك بجزء من الشيء الشائع كان معنى ذلك تنازل كل شريك من الشركاء عن نصيبه فى الجـــزء الذى اختــص به كل شريك من الشركاء الاخرين فى نظير نزول كل منهم له عن نصيبه فى الجزء الذى اختص هو به • لذلك كانت القسمة تعتبر عملية مقايضة تنقل لكل شريك ملكية حصص شركائه فى ذرات الجزء الذى اختص به من الشيء نظير نقــل حصــــته فى ذرات الجزء الذى اختص به كل شريك الى هذا الشريك • وكان مقتضى ذلك أن سند ملكية كل شريك للجزء الذى اختص به يكون هو الســـند الاصلى للملكية الشائعة بالنسبة لحصته فى ذرات هــذا الجزء ويكــون

(١) فى بيان كيف تمكن الرومان من تصوير حق كل شريك على الوجه الذى يوفق بين عدم انقسام الشيء ماديا من ناحية وتعدد الشركاء من ناحيــة أخرى ، انظر منصور مصطفى منصور فى بحثه السابق الاشارة اليه عن تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة ، بند ٩ ــ ١١ .

هو المقايضة التى تتضمنها القسمة بالنسبة لحصص شركائه فى هذه الذرات • لذلك كانت كافة الحقوق التى يقررها أحد الشركاء أثناء الشيوع ، كالرهن ، نافذة فى حدود حصته فى حق شركائه الذين اختص كل منهم بجزء من الشىء الشائع ، وكانت القسمة تصلح سببا صحيحا لكسب الحق بالتقادم القصير (١) •

اضافة المفعول أو الأثر الرجعى للمفعول أو للأثر الناقل فى النظرية التقليدية :

١٥٤ ــ وقد ظل هذا التصويرالسابق سائدا حتى نهاية القرن الرابع عشر • فى هذا الوقت كثر الالتجاء الى الرهن العقارى بشكل لفت النظر الى خطورة القول بنفاذ هذا الرهن فى حق الشركاء بعد القسمة تأسيسا على اعتبار القسمة ناقلة للملكية الى الشريك فيما يتعلق بحصص شركائه فى الجزء الذى يختص به ، اذ كان يكفى أن يلتزم الشخص بمقتضى سند رسمى حتى تصبح جميع أمواله ــ ومنها ما قد يكون له من حق شائع ــ مرهونة لضمان هذا الالتزام ، فى الوقت الذى كان فيه هذا الرهن العام خفيا ، اذ لم يكن نظام الشهر معروفا • كذلك استعانت خطورة ما يؤدى اليه هذا التصوير من نتائج فى اخضاع القسمة للضرائب والرسوم المفروضة على نقل الملكية ، بالاضافة الى الضرائب التى يكون الشركاء قد دفعوها عند انتقال الملكية اليهم عند تملكهم للشىء الشائع •

وأمام هذه النتائج الشاذة لم يجد القضاء بدا من الرجوع عن نفاذ الحقوق التى يرتبها كل شريك على الشىء الشائع قبل شركائه بعد القسمة واختصاصه بجزء مفرز من الشىء الشائع ، وعن خضوع القسمة للضرائب والرسوم المفروضة على نقل الملكية • وجريا وراء البحث عن تأصيل لهذا

---

(١) منصور مصطفى منصور فى بحثه السابق ، بند ١ .

القضاء الجديد لم يلبث الفقه الفرنسى القديم أن أعمل الفكر من جديد فى تصوير القسمة ، فانتهى الى أنها لا تنقل الملكية الى الشريك المتقاسم فتعتبر لذلك سندا لملكيته ، وانما تقتصر على تحديد محل ملكية هذا الشريك الثابتة أصلا بمقتضى السند الذى تملك به الشركاء على الشيوع ، أو الاعلان أو الكشف عنه . فعدم سريان الحقوق التى رتبها أحد الشركاء أثناء الشيوع ، وعدم خضوع القسمة للضرائب والرسوم المفروضة على انتقال الملكية ، يعتبر نتيجة طبيعية من النتائج التى تتفرع على التصوير الصحيح للقسمة (١) .

١٥٥ — وقد جاء التقنين المدنى الفرنسى فسلم فى المادة ٨٨٣ منه بالتصوير الذى ارتضاه بواتييه للقسمة ، والذى يجعل لها مفعولا أو أثرا رجعيا يخالف طبيعتها الناقلة ، تحقيقا للاثر العملى الذى استقر فى القانون الفرنسى القديم ، وهو حصول كل متقاسم على الجزء المفرز الذى اختص به فى القسمة خالصا من آثار تصرفات غيره . وعن هذا التقنين أخذت المادة ٩٤٦ من قانون الموجبات اللبنانى التى تنص على أنه « يعد كل متقاسم كأنه مالك فى الاصل للاشياء التى خرجت فى نصيبه أو التى اشتراها بالمزاد

---

(١) فى هذا المعنى بواتييه مشار اليه فى منصورمصطفىمنصور ، بند ٨٣ . على أنه من الواضح أن القول بأن القسمة تحدد محل حق الشريك أو تكشف عنه يستلزم بالضرورة القول بأن ما يؤول الى هذا الشريك هو ماكان مملوكا له منذ نشأة السند الذى تملك به على الشيوع ، وتلك نتيجة مخالفة للحقيقة لا يمكن الوصول اليها الا اذا استخدمنا مجازا قانونيا هو تقرير الاثر الرجعى للقسمة . ومن هنا جرى القول فى الفقه التقليدى على أن القسمة تعتبر ناقلة بطبيعتها ولكن المشرع استخدم حيلة قانونية للوصول الى غرض معين هو حصول المتقاسم على الجزء المفرز الذى يختص به فى القسمة خاليا من الحقوق التى رتبها غيره أو رتبت ضد غيره من الشركاء أثناء الشيوع ، فقرر للقسمة بذلك أثرا كاشفا عن طريق أثرها الرجعى (منصور مصطفى منصور ، بند ٢٨) .

عند بيع المال المشترك ، وكأنه لم يكن مالكا قط لسائر الاشياء » ، والمادة ٨٤٣ من التقنين المدنى المصرى التى تنص على أنه « يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه منذ تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص » • وهذه النصوص وان كانت تحقق الهدف العملى الذى يبتغيه المشرع ، الا أن الاخذ بظاهر منطوقها يؤدى الى نتائج أخرى شاذة لا يمكن التسليم بها سواء فى القانون اللبنانى أو فى القانون المصرى ، فضلا عن أنها قد تكون مخالفة لنصوص القانون مخالفة صريحة •

١ ــ فمقتضى الاثر الرجعى أن تكون العبرة فى تقدير قيمة الشىء المقسوم بوقت قيام الشيوع عند اعمال قواعد الضمان والغبن ، بينما الاخذ بذلك يتنافى مع ما يجب فى القسمة من تحقيق المساواة بين المتقاسمين • لذلك فالقانون ينص صراحة على أن تكون العبرة فى التقدير بوقت القسمة (م ٩٤٨ موجبات لبنانى و م ١/٨٤٤ و ١/٨٤٥ مدنى مصرى) •

٢ ــ ومقتضى الاثر الرجعى أن تكون ثمار الجزء الذى اختص به أحد المتقاسمين له ، ليس فقط من وقت القسمة وانما من وقت قيام الشيوع ، بينما المنطق وطبيعة الشيوع يقضيان بأن تكون ثمار الشىء الشائع كله قبل القسمة وأثناء الشيوع من حق الشركاء جميعا بنسبة حصة كل منهم فى الشيوع •

كذلك فان مقتضى الاثر الرجعى أن يكون باستطاعة كل شريك أن يتحلل من المصروفات التى انفقت على الجزء الذى وقع فى نصيبه ، أثناء الشيوع ، خلافا لما يقضى به المنطق وطبيعة الشيوع من تحمله بها •

٣ ــ ومقتضى الاثر الرجعى أن يعتبر التصرف الصادر من جميع الشركاء فى الشىء الشائع أثناء الشيوع قابلا للابطال بعد القسمة لصدوره من غير مالك ، بينما تقضى طبيعة الشيوع باعتبار هذا التصرف صحيحا ونافذا فى حق جميع الشركاء قبل القسمة وبعد القسمة أيا كانت نتيجتها • وقد نص المشرع المصرى على ذلك صراحة فيما يتعلق بالرهن الرسمى (م ١٠٣٩) على نحو ما رأيناه •

٤ ــ ومقتضى الاثر الرجعى أنه اذا ما رهن أحد الشركاء الشىء الشائع (رهنا حيازيا) أو رتب تأمينا (رهنا رسميا) عليه ، ثم رسا مزاده على الشريك الاخر فى قسمة التصفية ، فلا يكون للدائن المرتهن أو صاحب التأمين مباشرة الافضلية على الثمن الذى يختص به الشريك الراهن أو مرتب التأمين ، بينما يقضى المنطق بأن يكون لمثل هذا الدائن أفضلية على هذا الثمن طالما أن هذه الافضلية لا تمس الشريك الذى اختص بالعقار كله ، وهو الاعتبار الذى كان يحول دون نفاذ الرهن أو التأمين فى حقه أثناء الشيوع •

٥ ــ ومقتضى الاثر الرجعى أنه اذا تصرف أحد الشركاء فى جزء مفرز من الشىء الشائع أثناء الشيوع ثم تمت القسمة فوقع هذا الجزء فى نصيب شريك آخر ، اعتبر التصرف قابلا للابطال سواء كان المتصرف اليه يعلم أو يجهل أن المتصرف لا يملك الشىء المتصرف فيه ملكية مفرزة ، لانه يعتبر فى هذه الحالة تصرفا من غير مالك • وهذه النتيجة ان كانت تتفق مع الحكم الذى رأينا أنه من الواجب الاخذ به فى القانون اللبنانى لا لان للقسمة أثرا رجعيا وانما لان الشريك يعتبر من الاصل قد تصرف فى ملك الغير فيكون تصرفه باطلا قبل القسمة وبعدها ، الا أنها تخالف الحكم الوضعى فى القانون المصرى •

فالمادة ٢/٨٢٦ من التقنين المدنى المصرى ، كما سبق أن رأينا ، لا تجيز للمتصرف اليه طلب الابطال الا اذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها ملكية مفرزة ، وذلك على عكس الحال فى التصرف فى ملك الغير حيث يكون للمتصرف اليه أن يطلب الابطال ولو كان يعلم أن المتصرف غير مالك •

كذلك تبدو نتائج الاثر الرجعى التى لا يمكن التسليم بها فى مجالات أخرى كثيرة ، كتنازع القوانين من حيث الزمان ، ووقف التقادم وانقطاعه ، وكاكتساب حقوق الارتفاق بتخصيص المالك الاصلى فى القانون المصرى •

الافراز عملية اعلانية أو كاشفة فى الفقه الحديث :

١٥٦ — وهذه النتائج المختلفة التى يؤدى اليها اعمال الاثر الرجعى للقسمة ، كما تقره نصوص التقنين المدنى الفرنسى وقانون الموجبات والعقود اللبنانى والتقنين المدنى المصرى ، توضح بجلاء خطورة تطبيق هذه النصوص التى تتجاوز الهدف منها • لذلك فقد ذهب كثير من الفقهاء المحدثين الى وجوب الغاء هذه النصوص تفاديا لما ترتبه من نتائج غير مقبولة • ولكن الغاء النصوص التى تقرر المفعول أو الاثر الرجعى للقسمة لا يلبث أن يثير من جديد مشكلة ضمان حصون كل متقاسم على الجزء المفرز الذى اختص به خالصا من آثار تصرفات غيره — وهو ضمان محمود كما سبق أن قدمنا — فكيف يتم الوصول الى هذا الضمان دون استخدام الحيلة أو المجاز القانونى المتمثل فى خلع أثر رجعى ليس من طبيعة القسمة عليها ؟

يذهب معظم المهاجمين للاثر الرجعى للقسمة الى أنها ليست بطبيعتها

تصرفا ناقلا ، على نحو ما كان يذهب اليه القانون الرومانى ، وانما تصرف اعلانى أو كاشف ، والى أن اعتبار القسمة تصرفا اعلانيا أو كاشفا من شأنه أن يضمن حصول كلمتقاسم على الجزء المفرز الذى اختص به خالصا من آثار تصرفات غيره ، فضلا عن تفسيره لكثير من أحكام القانون المتعلقة بالقسمة أو المترتبة عليها (1) • ويوضح هذا الفقه وجهة نظره عن طريق القول بأن اعتبار القسمة من التصرفات الاعلانية أو الكاشفة يتفق مع التكييف الصحيح للملكية الشائعة ذاتها ، كما يتفق مع مفهوم التصرفات الاعلانية أو الكاشفة •

فاعتبار القسمة من التصرفات الناقلة ينبع من النظرة الفردية المسرفة الى حق الملكية • ففى ظل هذه النظرة يصعب وجود شىء يتعدد ملاكه ، ولذلك كان لابد من تصور أنصبة الشركاء مستقل بعضها عن الاخر اثناء الشيوع ، ومن ثم كان من الطبيعى أن يقال ان القسمة تتضمن مبادلة هذه الانصبة المستقلة • ولكن انحسار هذه النزعة الفردية قد مكن من الكشف عن طبيعة الشيوع وامكان تصور تعدد ملاك الشىء الواحد • ففى الشيوع يتعدد ملاك الشىء الواحد بحيث يكون لكل منهم حق ملكية عليه كله ، وان كان هذا الحق محدد تحديدا حسابيا بحصة معينة منه ، فاذا تمت القسمة فاختص كل شريك بجزء من الشىء الشائع كان معنى ذلك ايجاد التطابق بين ملكية كل شريك وبين المحل الذى ترد عليه ، بين حصته الحسابية وبين جزء مادى من الشىء • وهذا التطابق لا يوجد حقا جديدا للمتقاسم وانما يقتصر على التغيير فى محل حقه القائم من قبل تغييرا يمنع التشابك بين حقوق الشركاء المختلفين على الشىء ، بايجاد نطاق محدد

---

(1) انظر : اسماعيل غانم ، بند ١١٧ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ١٤٧ وما بعده ، حسن كيره ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ١٣٢ ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية ، ص ٢٢٣ وما بعدها .

تمارس عليه ملكية كل منهم • وعلى ذلك فالقسمة لا تنقل الى المتقاسم حقا جديدا وانما تعلن أو تكشف عن حقه الاصلى القائم من قبل •

واذا كان هذا هو أثر القسمة فلابد من اعتبارها من التصرفات الاعلانية أو الكاشفة • فالتصرف الاعلانى أو الكاشف هو التصرف الذى يستند الى حق سابق فيقوم بالتغيير فى بعض عناصره تغييرا يزيل ما كان يعترض مباشرته من عقبات • والقسمة تقوم بالتغيير فى محل الملكية الشائعة تغييرا يزيل التشابك بين حقوق الشركاء المختلفة عن طريق تحديد جزء مفرز من الشىء الشائع لتباشر عليه ملكية كل شريك • ولا يجوز القول بأن التصرف الاعلانى أو الكاشف يقوم بمجرد تقرير الحق السابق الموجود دون أن يغير فيه فلا تعتبر القسمة تصرفا اعلانيا أو كاشفا لانها تغير فى محل الملكية بافرازها جزءا محددا تباشر عليه ، لا يجوز ذلك لان التصرف القانونى الاعلانى أو الكاشف من حيث هو تصرف لابد أن يتضمن تغييرا ما فى العلاقات القانونية القائمة والا ما كان تصرفا لان التصرف القانونى قوامه ارادة تتجه الى احداث مفعول أو أثر قانونى •

١٥٧ — واعتبار القسمة من التصرفات الاعلانية أو الكاشفة فى نظر هذا الفقه لا يجعل منها سند ملكية المتقاسم للجزء المفرز الذى آل اليه ، وانما يكون سنده هو السند الاصلى للملكية ، بما يترتب عليه من نتائج مختلفة تتميز بها القسمة عن التصرفات الناقلة ، بعضها موجود فى القانون اللبنانى والقانون المصرى وبعضها الاخر يتميز به القانون المصرى •

فاما النتائج المشتركة بين كل من القانون اللبنانى والقانون المصرى فهى

عدم أعتبار كل متقاسم خلفا للمتقاسمين الآخرين وعدم اعتبار القسمة سببا صحيحا للتملك بالتقادم القصير •

١ ــ فلا يعتبر المتقاسم خلفا للمتقاسمين الاخرين • وعلى ذلك فالتصرفات التى يكون أحد الشركاء قد أجراها منفردا أثناء الشيوع على جزء مفرز من الشىء الشائع ، والتى لا تكون نافذة قبل الشركاء الآخرين أثناء الشيوع ، تكون غير نافذة بعد حصول القسمة ووقوع ذلك الجزء المفرز المتصرف فيه فى نصيب شريك آخر • على أن نتيجة المفعول أو الاثر الاعلانى أو الكاشف للقسمة تقتصر على مجرد عدم نفاذ التصرف فى حق الشريك الذى وقع فى نصيبه الجزء المفرز لانه ليس خلفا للمتصرف ، ولكنها لا تؤدى الى اعتباره قابلا للابطال بحجة آنه صادر من غير مالك ، اذ أن المتصرف كان وقت التصرف مالكا للشىء كله وان كان ذلك فى نطاق النسبة المحددة له •

٢ ــ ولا تصلح القسمة سببا صحيحا للتملك بالتقادم القصير عندما يكون هذا التقادم سببا لكسب الملكية فى العقار كما هو الحال فى لبنان بالنسبة للعقارات غير الممسوحة وفى مصر بالنسبة لجميع العقارات • فاذا اتضح أن العقار المقسوم لم يكن مملوكا للمتقاسمين ، فلا يصح للمتقاسم الذى قيد القسمة فى السجل العقارى أو سجلها ــ بحسب الاحوال ــ وهو حسن النية وحاز الجزء المفرز الذى اختص به مدة التقادم القصير أن يتمسك باكتسابه الملكية بهذا التقادم • ذلك أن التقادم القصير يفترض وجود السبب الصحيح ، والسبب الصحيح هو التصرف الذى ينقل الملكية لولا صدوره من غير مالك • ومن الواضح أن القسمة لا تنقل الملكية وانما تعلن أو تكشف عن ملكية سابقة فتحدد محلها بحيث يظل سند

التملك هو سند الملكية الشائعة [1] ، ومن ثم يتوقف أعمال التقادم القصير فى هذه الحالة على هذا السند الاصلى • فاذا كان تصرفا ينقل الملكية لولا صدوره من غير مالك كان سببا صحيحا ، وان لم يكن كذلك ، كما اذا كان الشركاء قد اقتسموا العقار معتقدين أنه ملك لمورثهم ، فلا يعتبر سببا صحيحا ويتعين الرجوع الى سند المورث •

وأما النتائج القاصرة على القانون المصرى فهى المتعلقة بأحكام الغبن من ناحية والمتعلقة بأثار التسجيل من ناحية أخرى •

١ ــ فلما كانت القسمة تصرفا اعلانيا أو كاشفا وليس ناقلا ، فقد وجب أن يحصل كل متقاسم فى القسمة على جزء مفرز يعادل حصته الشائعة • ولما كان المشرع المصرى ــ خلافا للمشرع اللبنانى ــ يضع أحكاما خاصة بالغبن فى القسمة فقد تميزت أحكام الغبن فى هذا الشأن بأنها تقوم على فكرة المساواة وليس على فكرة الاخلال بالمضاربة المشروعة كما هو الحال فى الغبن فى البيع • هذا الفرق يظهر أثره فى تحديد شروط الغبن كما يظهر فى بيان ما يجب ردهلتجنبنقض العقد • فالغبن فى القسمة لا يقتصر على العقار ولا يقتصر على المتقاسم القسمة الاهلية كما فى البيع ، اذ الفكرة هى تحقيق المساواة التامة بين المتقاسمين بحصول كل منهم على جزء مفرز معادل لحصته الشائعة • كذلك اذا غبن أحد المتقاسمين بما يزيد على الخمس وجب تكملة نصيبه بتمامه ، لا الى أربعة الاخماس فحسب كما فى البيع •

٢ ــ كذلك يفرق المشرع المصرى بين التصرفات الناقلة والتصرفات

---

(١) فى هذا المعنى : نقض مدنى ١٩٥٤/٤/٢٩ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٥ ، رقم ١٢١ ، ص ٨١٢ •

الاعلانية أو الكاشفة فيما يتعلق بأثر التسجيل خلافا للمشرع اللبنانى • فالتصرفات الناقلة فى التشريع المصرى لا ترتب أثرها بين اطـرافها أو بالنسبة للغير الا بالتسجيل ، بينما التصرفات الاعلانية أو الكاشفة تنتج أثرها دون حاجة الى التسجيل ولا يلزم التسجيل الا للاحتجاج بها على الغـير ، على نحـو ما تقـضى به المـادة ١٥/١ من قانون الشـهر العقارى •

وهذا الفرق يرجع فى نظر هذا الفقـه الى أن التصرف الناقل ينقـل للمتصرف اليه حقا لم يكن موجودا له من قبل ، بينما التصرف الاعلانى أو الكاشف يقتصر على التعديل فى بعض عناصر حق ثابت للمتصرف اليه قبل التصرف (١) •

---

(١) ويترتب على ذلك أن كل متقاسم يعتبر مالكا ملكية مفرزة فى مواجهة المتقاسمين الاخرين من وقت القسمة دون انتظار للتسجيل .

كذلك يستطيع كل ذى مصلحة أن يتمسك بانقضاء الشيوع فى مواجهـة المتقاسمين ولو كانت القسمة لم يتم تسجيلها . فاذا وجد عقاران متلاصقان احدهما مملوك على الشيوع ، ثم قسم هذا العقار دون أن تسجل القسمة ، وبيع العقار المجاور بعد ذلك ، فتقدم أحـد الشركاء الذى اختص بجزء من العقار المقسوم لا يلاصق العقار المبيع لاخذه بالشفعة على أسـاس أن الشيوع لا يزال قائما لعدم تسجيل القسمة وأن شرط الجوار يكون متحققا بين العقار الشائع والعقار المجاور ، فان المشترى يملك دفع الشـفعة بالاحتجاج بالقسمة رغم عدم تسجيلها للوصول الى اثبات عدم توافر التلاصق بين العقار المبيع وبين الجزء الذى وقع بالقسمة فى نصيب طالب الشفعة . (انظر نقض مدنى ١٩٤٢/١/٢٩ ، مجموعة عمر ، ج ١ ، ص ٤٠٩ ، رقم ١٣٨ ، نقض مدنى ١٩٥٥/٣/١٧ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٦ ، ص ٨٥١ ، رقم ١١١) .

وعلى العكس من ذلك لا يجوز الاحتجاج على الغير بالملكية المفرزة الا بعد تسجيل القسمة ، حيث يكون لهذا الغير أن يعتد بحالة الشيوع طالما لم تسجل القسمة اذا كان له مصلحة فى ذلك . والمقصود بالغير هنا كل من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه لا زال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله طبقا للقانون .

لذلك يملك مشترى الحق الشائع اذا كان قد سجل عقده تجاهل القسمة غير المسجلة أو التى كان تسجيلها لاحقا لتسجيل عقده ، بأن يطلب الحكم بتثبيت ملكيته للحق الشائع المبيع أو يطلب أيضا اجراء قسمة جديدة اذ يظل العقار شائعا بالنسبة له طالما أنه لا يحتج عليه بالقسمة .

١٥٨ ــ ومن الواضح أن تحليل هذا الفقه لاثر القسمة يرتبط بتصويره لطبيعة الشـــيوع [١] ، ذلك التصـــوير الذى يرى أن محل حق الشريك المشتاع هو حصة معنوية وليس كيانا ماديا يتمثل فى الشىء ذاته • وقـــد سبق أن رأينا أن هذه الحصة المعنوية هى فى الواقع حصة فى مضمون الحق، بحيث يمكن القول بأن حق الشريك أثناء الشيوع محله هو الشىء المادى كله ولكن مضمونه هو حصة معينة من مضمون حق الملكية المفـــرزة كالثلث أو الربع • لذلك فلا يمكن مجاراة هذا الرأى فيا يذهب اليه من أن القسمة تحقق التطابق بين النطاق المادىوالنطاق المعنوى لحق الشريك المشتاع • فالقسمة فى الواقع تعطى لكل شريك حقا له كل مضمون الملكيـــة المفـــرزة على جزء من الشىء بعد أن كان له حصة من مضمون الملكيـــة المفرزة على الشىء كله • فحق الشريك بعد القسمة يختلف عن حقه قبلهـــا فى محله وفى مضمونه ، مما لا يمكن معه التسليم بأن للقسمة مجرد أثر اعلانى أو كاشف يقتصر على تحـــديد حق الشريك المشتاع دون المســـاس به فى ذاته [٢] • ولكن اذا لم تكن القسمة اعلانية أو كاشفة فما هو الاثر الذى يترتب عليها ؟

العودة الى اعتبار الافراز عملية ناقلة مع التسليم بانتقال الحقوق التى قررها الشريك أثناء الشيوع الى ما يختص به بالقسمة :

١٥٩ ــ الواقع أن القول بأن للقسمة مجرد أثر كاشف ينكر الاختلاف الواقعى بين حق الشريك المشتاع قبل القسمة وبعدها ، سواء فى المحل أو فى المضمون • وفضلا عن ذلك فهو يتناسى الحق الذى كان للشريك على

---

(١) راجع ما تقدم ذكره فى تكييف حق الشريك المشتاع .

(٢) منصور مصطفى منصور ، حق الملكية ، بند ٨٥ .

الاجزاء التى لم تقع فى نصيبه • لذلك فان التكييف الصحيح للقسمة لابد أن يقوم على التسليم باختلاف حق الشريك المشتاع بعد القسمة عنه قبلها ، وأن يبين مصير الحق الذى كان لهذا الشريك على بقية أجزاء الشىء الشائع التى اختص بها شركاؤه • وليس من سبيل الى تفسير هذا الوضع سوى الاعتراف بأن للقسمة مفعولا أو أثرا ناقلا ، على نحو ما كان يذهب اليه القانون الرومانى والفقه التقليدى •

ولكن كيف يمكن ضمان حصول الشريك على الجزء الذى يختص به من الشىء بالقسمة خاليا من آثار تصرفات الشركاء الاخرين دون حاجة الى الاثر الرجعى للقسمة ؟ يذهب أستاذنا الدكتور منصور مصطفى منصور الى وجوب تدخل المشرع لتقرير انتقال الحقوق (وكذلك سائر التكاليف العينية) التى رتبها الشريك أثناء الشيوع على حقه الشائع الى ما يختص به فى القسمة تعميما للحكم الذى أتت به المادة ١٠٣٩/٢ من التقنين المدنى المصرى فى خصوص رهن الشريك حصته الشائعة رهنا رسميا • فهذه الوسيلة تستجيب الى طبيعة حق الشريك المشتاع من حيث أنه حق معرض منذ نشأته للتحول الى حق آخر ، فيكون حق الغير الذى يرتبه هذا الشريك على حقه الشائع معرضا كذلك للانتقال الى الحق الذى يتحول اليه محله ، فضلا عن أنها توصل الى ما يقصر عنه الاثر الرجعى وهو احترام حق الغير الذى نشأ صحيحا فى حدود سلطة الشريك المتصرف ، وذلك بنقله الى ما وقع فى نصيب المتصرف [٢] •

١٦٠ — ولا يحول دون التسليم بالاثر الناقل للقسمة ما يقال من أن المفعول الاعلانى أو الاثر الكاشف للقسمة يفسر كثيرا من أحكامها كتلك

---

(١) المرجع السابق ، بند ٨٦ .
(٢) المرجع السابق فى الموضع السابق .

المتعلقة بحماية الشركاء بعد القسمة من التصرفات التى يكون أحدهم قد أجراها على جزء مفرز من الشىء الشائع ، أو بعدم اعتبار القسمة سببا صحيحا يخول التملك بالتقادم القصير ، فى كل من القانونين اللبنانى والمصرى ، أو بالغبن أو أثر التسجيل فيما يتعلق بالقانون المصرى وحده .

١ ــ فاذا كان الواجب حماية الشركاء بعد القسمة من التصرفات التى يكون أحدهم قد أجراها منفردا على جزء مفرز من الشىء الشائع عن طريق تقرير عدم نفاذها فى حقهم سواء فى القانون اللبنانى أو فى القانون المصرى، فأنه يكفى للوصول الى هذا الغرض القول بأن مثل هذه التصرفات لا يترتب عليها أى أثر عينى قبل القسمة وبالتالى تعتبر غير نافذة فى حق الشركاء بعدها . وهذا واضح فى القانون اللبنانى حيث لا يوجد نص يقرر صحة مثل هذا التصرف مما يتيح الاخذ بمقتضى التكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع من اعتبار مثل هذا التصرف تصرفا فى ملك الغير وبالتالى تصرفا باطلا . وهذا واضح أيضا فى القانون المصرى بالرغم من وجود نص يقرر صحة مثل هذا التصرف ــ ما لم تتوافر شروط الغلط ــ خلافا لمقتضى التكييف الصحيح لحق الشريك المشتاع ، اذا سلمنا بأن هذا التصرف بالرغم من صحته لا يرتب سوى موجبات أو التزامات شخصية فى العلاقة بين اطرافه دون أن يقوى على ترتيب مفعول أو أثر عينى ينصب على الشىء المتصرف فيه مباشرة [1] .

٢ ــ واذا كان اعتبار القسمة تصرفا اعلانيا أو كاشفا وليس ناقلا يفسر من الناحية النظرية عدم صلاحيتها لتكوين السبب الصحيح فى التقادم

(١) راجع ما تقدم ، بند ١١٢ ، وبند ١٢٥ .

الخمس القصير حيث أن هذا السبب هو التصرف الناقل للحق والذى لا يحول بينه وبين نقله سوى صدوره من غير مالك ، فان عدم اعتبار القسمة سببا صحيحا لا يسنده من الناحية الوضعية ، سوى نص المادة ٩٤٦ من قانون الموجبات اللبنانى ونص المادة ٨٤٣ من التقنين المدنى المصرى ، اللتان تقرران المفعول أو الاثر الرجعى للقسمة [1] • فاذا ما ألغيت هذه النصوص ، على نحو ما يطالب به الفقه الحديث ، لم يعد هناك ما يحول دون اعتبار القسمة سببا صحيحا • فالسبب الصحيح لا يعدو أن يكون سندا « يدعم حسن نية الحائز بحيث يمكن وفقا للمألوف أن يعتمد عليه وَيعتمد عليه الغير فى اعتباره مالكا » ، وهو ما يتوافر فى القسمة •

٣ — واذا كانت القسمة تهدف الى تحقيق المساواة بين المتقاسمين مما يترتب عليه اختلاف أحكام الغبن فيها فى مصر عنها فى البيع الذى يقوم على فكرة المضاربة ، فان هذا الهدف لا علاقة له بطبيعة القسمة من حيث كونها اعلانية (كاشفة) أو ناقلة • فهذا التكييف أو ذاك لا أثر له على الهدف الذى يسعى اليه المتقاسمون •

٤ — واذا كان عدم تسجيل القسمة لا يترتب عليه وفقا للمادة ١٠ من قانون الشهر العقارى المصرى سوى أنها لا تكون حجة على الغير ، خلافا للتصرفات الناقلة التى يترتب على عدم تسجيلها عدم انتقال الحق سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير وفقا للمادة ٩ من نفس القانون ، فان هذه التفرقة بين النوعين من التصرفات ليس لها ما يبررها • وآية ذلك عدم وجود مثل هذه التفرقة بين التصرفات الاعلانية أو الكاشفة والتصرفات

---

(١) فى هذا المعنى : نقض مدنى ١٩٥٤/٤/٢٩ السابق الاشارة اليه .
(٢) منصور مصطفى منصور ، حق الملكية ، بند ٨٧ .

الناقلة فى القانون اللبنانى حيث يجب قيد جميع هذه التصرفات فى السجل العقارى لانتاج آثارها سواء فيما بين المتعاقدين أو فى مواجهة الغير . يضاف الى ذلك أن المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى المصرى تبين أثر عدم تسجيل التصرفات الاعلانية أو الكاشفة ثم تجرى حكمها على القسمة ، مما يمكن أن يفهم معه أن المشرع المصرى لا يعتبر القسمة من قبيل التصرفات الاعلانية أو الكاشفة والا لما عنى بالتنبيه الى أن حكم القسمة هو نفس حكم التصرفات الاعلانية أو الكاشفة [1] .

٢ ـ الضمان فى القسمة

١٦١ ـ اذا تمت القسمة فاختص كل شريك بجزء من الشىء الشائع ، فان المتقاسمين الاخرين يكونون ضامنين لما يقع له من تعرض أو استحقاق فيما اختص به . هذا الضمان تفرضه طبيعة القسمة باعتبارها تصرفا ناقلا للحق . فطالما أن كل متقاسم يعتبر قد تلقى من المتقاسمين الاخرين أنصبتهم فى الجزء المفرز الذى اختص به ، فقد كان من الطبيعى أن يضمن له هؤلاء المتقاسمون ما يقع له من تعرض أو استحقاق فى هذه الحصص ، مثلهم فى ذلك مثل البائع أو المقايض [2] .

---

(١) تنص المادة المذكورة على أن « جميع التصرفات والاحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية الاصلية يجب كذلك تسجيلها ، ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير . ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها اموالا موروثة » .

(٢) على أن هذا الضمان يظل مفهوما أيضا فى ظل الفقه الذى يرى أن القسمة تصرف اعلانى أو كاشف يستند الى حق الشريك الثابت منذ الشيوع ويقوم بتعديل محله بتركيزه فى الجزء المفرز الذى اختص به تركيزا يزيل ما كان يحول دون مباشرته على الوجه الاكمل . (اسماعيل غانم ، بند ١٣٤ ، حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ١٣٣ ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية ، ص ٢٣١ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ١٥١ ، السنهورى ، بند ٥٨٦) .

على هـذا النحو نصت المادة ٩٤٨ من قانون الموجبات اللبنانى (بعد تعديلها بقانون ٢١ كانون الاول سنة ١٩٥٤) على أنه « يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو اسـتحقاق لسبب سابق للقسمة ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته بالتعويض على مستحقى الضمان على أساس قيمة الشيء وقت القسمة • واذا كان أحد المتقاسمين معسرا يوزع ما يترتب عليه لمستحق الضمان على جميع المتقاسمين الاخيرين بنسـبة نصيب كل منهم » • كذلك نصت المادة ١/٨٤٤ من التقنين المدنى المصرى فى عبارات متقاربة على أنه « يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق بسبب سابق على القسمة •ويكون كل منهم ملـزما بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان ، على أن تكون العبرة فى تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة • فاذا كان أحد المتقاسمين معسرا ، وزع القدر الذى يلزمه على مستحق الضـمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين » • ويلاحظ أن هذه النصوص لم تفصل أحكام الضمان المترتب على القسمة التفصيل الذى نعرفه فى الضمان المترتب على البيع • لذلكفتكمل هـذه النصوص بالقواعد المنظمة للضـمان فى البيع فى الحـدود التى لا تتعارض فيهـا هـذه القـواعد مع طبيعـة القسـمة والضـمان المترتب عليهـا •

وقد نص كل من المشرع اللبنانى والمشرع المصرى على ضمان التعرض وضمان الاستحقاق وحده ، لذلك يذهب الفقه الى أن الضمان لا يشـمل ضـمان العيوب الخفية ، على عكس الحال فى البيع [1] • ويبرر الفقـه

---

(١) يلاحظ أن نص المادة ٩٤٨ من قانون الموجبات اللبنانى ، قبل تعديله بقانون ٢١ كانون الاول سنة ١٩٥٤ كان يتضمن النص على العيوب الخفية .

السائد عدم ضمان العيـــوب الخفية فى القسمة على أساس القول بأن هناك فرق بين البيع والقسمة من حيث أنه ليس هناك ما يضطر المشترى الى قبول مبيع معيب ، بينما لابد فى القسمة من أن تشمل الشىء المعيب بحيث يقع فى نصيب أحد المتقاسمين ، هذا فضلا عن أنه اذا ما اكتشف عيب خفى فيما اختص به أحد المتقاسمين بالقسمة أمكن الالتجاء الى قواعد الغبن لنقــض القسمة اذا توافرت شروطه وكانت القسمة اتفاقية • ويبدو لنا أن هــذا التبرير غير مقنع خاصة اذا كانت القسمة قضائية بحيث لا يستطيع المتقاسم الذى اكتشف العيب فى نصيبه الالتجاء الى الغبن ، مما يترتب عليه الاخلال بالمساواة بين المتقاسمين •

شروط الضمان :

١٦٢ ــ المقصود بالتعرض هو التعرض القانونى الذى يستند فيــه المتعرض الى حق يدعيه ، سواء أكان حق ملكية ، أم حقا عينيا آخر ، كحق انتفاع ، أو حق ارتفاق غير ظاهر ، أم كان حقا شخصيا ، كما اذا تبين أن العقار الذى اختص بهأحد الورثة فى القسمة كان مؤجرا من قبل المورث بأجر يقل عن أجر المثل • على أن المتقاسم لا يضمن حق الارتفاق اذا كان ظاهرا أو أشير اليه فى القسمة ، قياسا على ما نصت عليه المادة ٤٣٩ من قانون الموجبات اللبنانى والمادة ٤٤٥/١ من التقنين المدنى المصرى ، بصدد البيع • أما التعرض المادى فالمتقاسم كالبائع لا يضمنه ، ويستطيع المتقاسم الذى وقع له هذا التعرض أن يدفعه دون حاجة الى معونة المتقاســمين الآخرين ، ما لم يكن التعرض المادى صادرا من أحد منهم •

ويذهب الفقه الى أن الضمان يقدم ولو كان التعرض أو الاستحقاق من أحد المقاسمين الاخرين ، كما اذا تبين أن أحد الاشياء التى تشملها القسمة كان فى الحقيقة ملكا خالصا لهذا الشريك المتعرض فيجوز له المطالبة به ، ويرجع المتقاسم الذى كان هذا الشىء فى نصيبيه على المتقاسمين الآخرين ، بما فيهم المتقاسم الذى استحقت له العين ، بالضمان • بل ان الضمان يحق على المتقاسمين جميعا اذا تبين أن الشىء الذى اختص به أحدهم كان ملكا خالصا له وليس داخلا فى الشيوع •

ومع ذلك ، فاننا نرى مع البعض أنه اذا تمت القسمة فلا يجوز لاحد المتقاسمين أن يطالب بحق على شىء مما وقع فى نصيب غيره من المتقاسمين بعد أن وافق على القسمة • وعلى ذلك فالسبيل الى مثل هذه المطالبة هو التمسك بابطال القسمة للغلط ، بحيث تعاد القسمة من جديد بعد اخراج ما يكون مستحقا له من الاشياء المقسومة (١) •

ويشترط لقيام الضمان وفقا لنص المادة ٩٤٨ من قانون الموجبات اللبنانى والمادة ٨٤٤ من التقنين المدنى المصرى أن يكون التعرض أو الاستحقاق لسبب سابق على القسمة ، اذ بالقسمة يستقل كل من المتقاسمين بما اختص به فلا يصبح مسئولا عما يحدث للمتقاسمين الآخرين • فاذا كان سبب الضمان أو الاستحقاق لاحقا على القسمة فلا يقوم الضمان • مثال ذلك أن يتملك الغير العقار الذى وقع فى نصيب أحد المتقاسمين بالتقادم بعد القسمة • على أن المتقاسم يضمن التعرض لسبب لاحق على القسمة

---

(١) فى هذا المعنى : منصور مصطفى منصور ، بند ٩١ .

اذا كان حق المتعرض آيلا منه شخصيا قياسا على حكم البيع فى هـــذا الصدد [1] ، اذ لا مبرر للتفرقة فى هــذا بين البيع والقسمة [2] .

كذلك يشترط لقيام الضـــمان ألا يكون الاستحقاق راجعا الى خطــأ المتقاسم نفسه ، فالمتقاسم يجب أن يتحمل وحده نتيجة هذا الخطــأ . فلا يقوم الضمان مثلا اذ قصر المتقاسم فىالدفاع فلم يتمسك قبل المتعرض بالتقادم رغم أنه كان فى امكانه ذلك ، أو اذا أغفل بوجـــه عام اشراك المتقاسمين الآخرين فى الدعوى رغم أنه كان فى امكانهم دفعهـــا . ويطبق فى هذا الشأن أحكام الضمان فى البيع المنصوص عليها فى المادة ٤٤١ من قانـــون الموجبات اللبنـــانى والمادتين ٤٤٠ و ٤٤١ من التقنين المـــدنى المصرى [3] .

وأخيرا يشترط لقيام الضمانألا يكون هناك اتفاق يقضى بالاعفـــاء من الضمان . فالاتفاق على الاعفاء من الضمان ممكن فى القسمة كما فى البيع . على أن المشرع المصرى ــ خلافا للمشرع اللبنانى ــ يشترط أن يكون مثل هذا الاتفاق فى القسمة صريحا من ناحية ، وأن يكون خاصا تحـــدد فيه

---

(١) تنص المادة ٤٣٩ من التقنين المدنى المصرى بصدد البيع على أن البائع يضمن « عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه ، سواء كان التعرض من فعله هو أن من فعل أجنبى يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشترى . ويكون البائع ملزما بالضمان ، ولو كان الاجنبى قد ثبت حقه بعد البيع ، اذا كان هذا الحق قد آل اليه من البائع نفسه » . فهذه المادة تسوى بين التعرض السابق على القسمة والتعرض بسبب لاحق على القسمة اذا كان حق المتعرض آيلا من البائع نفسه . وليس فى القانون اللبنانى نص على التعرض لسبب لاحق على القسمة اذا كان حق المتعرض آيلا من البائع . ومع ذلك فمن المسلم به التسوية بينه وبين التعرض بسبب سابق على القسمة فى الحكم (فى هذا المعنى : توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، بند ١٦٦) .

(٢) منصور مصطفى منصور ، بند ٩٠ .

(٣) راجع فى أحكام البيع فى هذا الصدد والمقارنة بين النصوص اللبنانية والمصرية فيه : توفيق حسن فرج المرجع السابق ، بند ١٧٦ وما بعدها .

أسباب الاستحقاق التى يكون الاعفاء منها من ناحية أخرى (م ٢/٨٤٤ مدنى مصرى) ، بعكس البيع الذى يمكن أن يكون فيه الاعفاء من الضمان ضمنيا أو عاما دون تحديد لسبب معين من أسباب الضمان •

مفاعيل أو آثار الضمان :

١٦٣ ـــ اذا تحققت شروط الضمان ، فأخطر المتقاسمون بدعوى الغير، كان عليهم الاشتراك مع المتقاسم المدعى عليه فى دفعها • فاذا حكم للمدعى بالاستحقاق انحصر التزام المتقاسمين بالضمان فى تعويض المتقاسم المستحق منه • ذلك أن كلا من المشرع اللبنانى والمشرع المصرى لم يرد أن يرتب على الاستحقاق اعادة القسمة من جديد بما تتطلبه من جهد ونفقة وعدم استقرار ، واكتفى لتحقيق المساواة بين المتقاسمين بتعويض المتقاسم المستحق منه بمبلغ نقدى عما نقص من نصيبه نتيجة ثبوت حق الغير •

وتوزع الخسارة على المتقاسمين جميعا ـــ بما فيهم المتقاسم المطالب بالضمان ـــ بنسبة حصة كل منهم • وتحقيقا للمساواة الفعلية بين المتقاسمين نصت المادة ٩٤٨ من قانون الموجبات اللبنانى والمادة ١/٨٤٤ من التقنين المدنى المصرى على أنه اذا كان أحد المتقاسمين معسرا ، وزع التعويض الذى يترتب عليه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين •

وقد نص كل من المشرع اللبنانى والمشرع المصرى صراحة على أن تكون العبرة فى تقدير قيمة الشىء تمهيدا لحساب الخسارة التى ترتبت على الاستحقاق ، بقيمة هذا الشىء وقت القسمة لا وقت الاستحقاق ، على

عكس الحال فى البيع حيث تكون العبرة فى تقدير الشىء المبيع ، لمعرفة التعويض المترتب على الاستحقاق ، بقيمته وقت الاستحقاق لا وقت البيع • ويرجع هذا الفرق بين القسمة والبيع — فيما يقوله الفقه — الى أن أساس الضمان فى القسمة هو تحقيق المساواة بين المتقاسمين ، والعبرة فى هذه المساواة بوقت القسمة ، بينما أساس الضمان فى البيع هو حصول المشترى على القيمة التى فقدها بالاستحقاق ، وهذه القيمة تتمثل فيما نقص من قيمة المبيع بالاستحقاق وقت هذا الاستحقاق •

والواقع أن اتخاذ قيمة الشىء وقت القسمة أساسا للتعويض محل نظر ، كما يرى البعض بحق ، اذ أنها لا تؤدى الى المساواة بين المتقاسمين• فتحقيق المساواة بين المتقاسمين يكون عند اجراء القسمة فحسب ، بحيث يكون من الطبيعى أن تتغير قيمة الاجزاء المقسومة بعدها ، فيستفيد كل متقاسم أو يضار من هذا التغيير ، ومن ثم فالتعويض وفقا لقيمة الشىء وقت القسمة يترتب عليه الاخلال بالمساواة التى كانت قائمة وقت اجرائها ، فيزيد أو ينقص نصيب المتقاسم الذى حصل له التعرض عما كان يجب أن يكون عليه فيما لو لم يحدث هذا التعرض (١) •

ويسقط الالتزام بالتعويض بمضى عشر سنوات فى القانون اللبنانى وخمس عشرة سنة فى القانون المصرى طبقا للقواعد العامة • وتسرى هذه المدة من وقت الاستحقاق باعتباره الوقت الذى ينشأ فيه الالتزام بالتعويض •

---

(١) انظر فى هذا الشأن : منصور مصطفى منصور ، بند ٩٠ .

الفصل الثالث

الشيوع الاجبارى

١٦٤ — الاصل فى الشيوع التوقيت ، بحيث يكون مصيره الزوال بالقسمة واستبدال كل شريك ملكية مفرزة لجزء من المال الشائع بحقه الشائع على المال كله • على أن الشيوع قد يكون وضعا معدا للدوام بالنظر الى التخصيص المعد له المال الشائع • وفى هذا الشأن تنص المادة ٨٤٢ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى على أنه « لا يجوز طلب القسمة اذا كان موضوع الشركة أشياء لا تبقى بعد قسمتها صالحة للاستعمال المعدة له » ، وتنص المادة ٨٥٠ من التقنين المدنى المصرى على أنه « ليس للشركاء فى مال شائع أن يطلبوا قسمته اذا تبين من الغرض الذى أعد له هذا المال ، أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع » • فالذى يميز الشيوع الاجبارى عن الشيوع العادى هو أن المال الشائع فى الشيوع الاجبارى مخصص لغرض معين ، وأن هذا الغرض يقتضى أن يبقى المال على الشيوع دائما طالما بقى هذا المال مخصصا لهذا الغرض • وعلى ذلك فالمال الشائع شيوعا اجباريا لا يجوز قسمته الا اذا انتهى تخصيصه للغرض المعد له والذى يقتضى بقاءه على الشيوع ، لاى سبب من الاسباب •

١٦٥ — ويتوافر الشيوع الاجبارى فى صورتين أساسيتين : الشيوع الاجبارى الاصلى والشيوع الاجبارى التبعى • فأما الشيوع الاجبارى الاصلى فيتحقق اذا ما كان المال الشائع مخصصا ، بصفة مستقلة ، لخدمة

أو انتفاع مجموعة من الاشخاص على وجه الدوام ، كمباني مدافن الاسرة [1] ، وصورها ووثائقها • ويمكن أن نضيف الى هذه الصورة جميع الحالات التى يكون فيها الشخص المعنوى ذاته مملوكا لعدة أشخاص ، كما هو الشأن بالنسبة للشركات ، اذا أن الشخص المعنوى المملوك يكون فى هذه الحالات مخصصا لغرض معين فى سبيل خدمة أو انتفاع الاشخاص المالكين له •

وأما الشيوع الاجبارى التبعى فيتحقق اذا ما وجد شىء شائع مخصص لخدمة عقارات أو أجزاء من عقار واحد مملوكة للشركاء على سبيل الافراز ، كالمسقاة المشتركة اذا كانت مملوكة على الشيوع ، والساقية المشتركة ، والفناء أو الممر المشترك ، والحائط الفاصل المشترك ، والاجزاء المشتركة فى منزل مقسم الى شقق أو طبقات لملاك مختلفين •

والشيوع الاجبارى التبعى اذا ما كان واردا على عقار فانه يتفق على هذا النحو مع حقوق الارتفاق فى أن الشىء الشائع مخصص لخدمة عدة عقارات أو اجزاء من عقار مملوكة على سبيل الافراز ، على نحو ما يخصص العقار المرتفق به لخدمة العقار المرتفق • غير أن الشيوع الاجبارى التبعى يظل متميزا عن حقوق الارتفاق • ففى الشيوع الاجبارى التبعى يكون العقار الخادم مملوكا لاصحاب العقارات المخدومة على سبيل الشيوع ، بينما فى حقوق الارتفاق يكون العقار المرتفق به مملوكا لمالك

---

(١) أما فى أراضى المدافن ذاتها فهى من الاشياء العامة ، ولا يكون البناء عليها الا بترخيص ادارى (راجع فى هذا الشأن : محمد كامل مرسى ، بند ١٧٣) •

آخر غير مالك العقار المرتفق [1] لذلك فتسرى على الشيوع الاجبارى التبعى أحكام الملكية دون أحكام الارتفاق .

والحق فى العقار الشائع شيوعا اجباريا تبعيا لا يسقط بعدم الاستعمال بينما الحق فى الارتفاق يسقط بعدم الاستعمال مدة التقادم المسقط .

والحق فى العقار الشائع شيوعا اجباريا تبعيا لا يمكن تغيير محله من عقار الى عقار آخر ، بينما الحق فى الارتفاق يمكن تغيير محله الى موضع آخر من العقار المرتفق به اذا كان موضعه الاصلى قد أصبح من شأنه زيادة عبء الارتفاق على هذا العقار أو منع احداث تحسينات فيه (م ٣/٨٩ من قانون الملكية العقارية اللبنانى و م ٢/١٠٢٣ من القانون المدنى المصرى) [2] .

والحق فى العقار الشائع شيوعا تبعيا يخول صاحبه الانتفاع بالعقار الشائع — فى الحدود التى سوف نراها — [3] ودفع اعتداء الغير عليه ،

---

(١) انظر فى هذا المعنى :
محمد كامل مرسى ، بند ١٥٣ ، شفيق شحاته ، ص ١٧٥ ، هـ ٢ ، محمد على عرفه ، بند ٣٤٥ ، عبد المنعم البدراوى ، بند ١٦٩ ، اسماعيل غانم ، بند حسن كيرة ، الحقوق العينية الاهلية ، بند ١٧١ ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية ، ص ٢٣٧ ، السنهورى ، بند ٥٩٧ .
Aubry et Rau, T. 2, No. 221; Baudry Lacantinerie et Chauveau, No. 274.

(٢) اسماعيل غانم ، بند ١٤٤ ، حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ١٧١ .

(٢) اسماعيل غانم ، بند ١٤٤ ، حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ، بند ١٧١ ، السنهورى ، بند ٥٩٧ .
Planiol, Ripert et Picard, T. 3, No. [illegible] ; Colin, Capitant et de La Morandière, T. 1, No. 1043 et ss. Carbonier, p. 93.

بينما استعمال صاحب الارتفاق للعقار المرتفق به يقتصر على حدود الارتفاق المخول له ، ولا يكون له دفع اعتداء الغير على هذا العقار طالما لم يكن هناك اعتداء على حقه (١) •

١٦٦ ـــ واذا كان الفرق الجوهرى بين الشيوع الاجبارى وبين الشيوع العادى هو أن الاول بعكس الاخر لا يقبل القسمة ، فان هذا الفرق يرجع الى الغرض الذى يخصص له المال الشائع شيوعا اجباريا • ولكن الغرض المخصص له المال الشائع شيوعا اجباريا ينعكس كذلك على أحكامه ، سواء فيما يتعلق بالانتفاع به أو فيما يتعلق بالتصرف فيه ، على نحو يميز بين هذه الاحكام وبين أحكام الشيوع العادى •

---

(١) فاذا افترضنا ان هناك عقاران يفصل بينهما طريق معين ، فان كان هذا الطريق ملكية مشتركة كان لكل شريك ـــ بجانب المرور ـــ أن يفتح مطلا عليه دون أن يلتزم بترك مسافة فى ملكه الا اذا كان عرض الطريق أقل من المسافة القانونية فيلزم بترك مسافة تساوى الفرق بين عرض الطريق وبين المسافة القانونية (انظر فى هذا الشأن : نقض مدنى ١٩٤٤/١١/٢ ، مجموعة عمر ، س ٤ ، رقم ١٥٤ ، ص ٤٣٠) ، وكان له سد المطل الذى يفتحه جار ثالث على هذا الطريق دون أن يترك المسافة القانونية فى ملكه ولو كان ذلك المطل فى الناحية الملاصقة لعقار شريكه . اما اذا كان هناك طريق مملوك ملكية خاصة لأحد الجارين ولكن للآخر ارتفاق بالمرور فيه فليس لهذا الجار سوى المرور بحيث يلزم اذا أراد البناء أن يترك من ملكه المسافة القانونية كلها مهما كان عرض الطريق ، وليس له أن يطالب بسد المطل الذى يقيمه جار ثالث دون مراعاة المسافة القانونية . واذا كان هناك طريق نصفه مملوك ملكية خالصة لأحد الجارين ونصفه الآخر مملوك ملكية خاصة للجار الاخر وكان لكل من الجارين حق ارتفاق بالمرور على الجزء المملوك لشريكه وجب على كل من الشريكين اذا أراد فتح مطل على الطريق أن يترك المسافة القانونية بين حافة المطل وبين منتصف الطريق ، واذا أقدم جار ثالث على فتح مطل على الطريق دون مراعاة المسافة القانونية فله المطالبة بسده ان كان على نصف الطريق المملوك له وليس له ذلك ان كان على النصف الاخر .

١ ــ ففى الشيوع العادى لا يجوز لاى من الشركاء أن يستعمل الشيء الشائع دون موافقة بقية الشركاء لما يتضمنه ذلك من تعد على حقوقهم ، بينما يجوز لكل من الشركاء فى الشيوع الاجبارى أن يستعمل الشيء الشائع اذا لم يكن فى هذا الاستعمال ما يتعارض مع الغرض المخصص له ، أو ما يكون من شأنه الاضراربالشركاء الاخرين ، اذ أن الشيء الشائع شيوعا اجباريا مخصص للاستعمال فى هذا الغرض لمصلحة جميع الشركاء. فاذا كان هناك طريق مملوك على الشيوع لمالكى الاراضى المجاورة له ، كان لكل منهما أن يفتح مطلا عليه كما تقدم ، أما اذا كان هناك أرض مملوكة على الشيوع العادى لمالكى الاراضى المجاورة فليس لاى منهم أن يفتح مطلا فى ما يقيمه من بناء فى عقاره ما لم يراع المسافة القانونية من حد الارض الشائعة الملاصق لعقاره ، اذ أن فى فتح مطل مباشر على الارض الشائعة ما ينقص من قيمتها ويمس بالتالى بحق الشريك الاخر .

أما اذا كان فى استعمال الشريك للشيء الشائع شيوعا اجباريا ما يتعارض مع الغرض المخصص له أو ما يضر بشركائه ، فان هذا الاستعمال يمتنع عليه . فليس للشريك فى المسقاة مثلا أن يستعملها لرى أرض أخرى مملوكة له غير المخصصة لها المسقاة ، وليس له أن يستعملها على وجه يحول بين شركائه وبين رى أراضيهم المخصصة لها المسقاة .

٢ ــ وفى الشيوع العادى توزع نفقات الشيء الشائع على الشركاء بنسبة حق كل منهم الى حقوق شركائه . ولكن هذه القاعدة أن كانت تنطبق على الشيوع الاجبارى الاصلى ، فان تطبيقها على الشيوع الاجبارى التبعى محل شك ، لان الشيء الشائع شيوعا اجباريا تبعيا

يكون مخصصا لخدمة عقارات مملوكة ملكية مفرزة للشركاء ، مما تقضى العدالة معه بتوزيع نفقات هذا الشىء على الشركاء بنسبة قيمة العقارات التى يملكها كل منهم ملكية مفرزة والتى أعد الشىء الشائع لخدمتها (١) • ومع ذلك فيلاحظ أن الغالب أن يكون الشىء الشائع شيوعا اجباريا مملوكا للشركاء بنسبة قيمة عقاراتهم المفرزة التي تنتفع به •

٣ ــ وفى الشيوع العادى يجوز للشريك أن يتصرف فى حقه الشائع لمن يشاء ، بينما لا يجوز للشريك فى الشيوع الاجبارى أن يتصرف فى حقه على نحو يتعارض مع الغرض المخصص له الشىء الشائع • فليس للشريك فى مدافن الأسرة مثلا أن يتصرف فى حقه لاجنبى • وليس للشريك فى الشيوع الاجبارى التبعى أن يتصرف فى حقه الا مع العقار التابع له •

واذا كانت هذه هى القواعد العامة في الشيوع الاجبارى فقد خص كل من المشرع اللبنانى والمشرع المصرى صورتين منها بتنظيم مفصل ، هما صورة الحائط الفاصل المشترك وصورة ملكية الطبقات أو الشقق (٢) •

---

(١) فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، بند ١٤٥ ، منصور مصطفى منصور بند ٩٧ ، وقارب : عبد المنعم البدراوى ، بند ١٧٠ . وقارن حسن كيرة ، بند ١٤٠ . Marty et Raynaud, op. cit., No. 236.

(٢) انفرد المشرع المصرى فى التقنين المدنى الحالى بوضع نظام خاص لملكية الاسرة روعى فيه ما يربط افراد الاسرة من صلة وثيقة لا تتحقق عادة بين الشركاء المشتاعين الذين لا تربطهم رابطة الاسرة الواحدة . فقد يبقى أفراد الاسرة الواحدة فى الشيوع بعد موت مورثهم يستثمرون تركته معا اذا كانت ارضا زراعية أو محلا تجاريا مثلا ، أو يستعملونها معا اذا كانت منزلا يسكنونه . وقد يقدم أفراد الاسرة ما يملكه كل منهم لاستثماره أو استعماله معا دون أن يرجع أصله لتركة مشتركة

وتنص المادة ٨٥١ من التقنين المدنى المصرى على أن « لاعضاء الاسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة ، أن يتفقوا كتابة على انشاء=

المبحث الاول : ملكية الحائط الفاصل المشترك

المبحث الثانى : ملكية الطبقات أو الشقق .

المبحث الاول

ملــكية الحائط الفاصل المشترك

١٦٧ ــ اذا كان الحــائط الفــاصل بين جــارين ممــلوكا لهما على

=ملكية للاسرة . وتتكون هذه الملكيه اما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها او بعضها ملكا للإسرة ، وأما من أى مال آخر مملوك لهم اتفقوا على ادخاله فى هذه الملكية » . ويتضح من هذا النص ان ملكية الاسرة لا تكون الا بين أعضاء الاسرة الواحدة . ويذهب بعض الفقه الى أن المقصود بأعضاء الاسرة الواحدة المعنى الذى تأخذ به المادة ٣٤ مدنى فى نصها على أن :

« ١ ــ تتــكون اسره الشخص من ذوى قرباه . ٢ ــ ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك » . فلا يصح انشاء هذه الملكية بين من لا تجمعهم سوى قرابة المصاهره كالزوجين ، لأن احدهما لا يعتبر من ذوى القربى بالنسبة للاخر . على أن جانبا من الفقه قد ذهب بحق الى عدم التقيد بنص المادة ٣٤ فى تحديدها لمعنى الاسرة فى هذا المجال وأجاز انشاء ملكية الاسرة بين الزوجين نظرا لان أساس نظام ملكية الاسرة هو الرابطة القوية بين الشركاء وان هذه الرابطة تكون أقوى ما يمكن بين الزوجين .

ويبدو من نص المادة ٨٥١ أنها تشترط لقيام ملكية الاسرة ان يجمع أعضاء الاسرة « وحدة العمل أو المصلحة » . ولكن الواقع أن وحدة العمــــل أو المصلحة لا تعدو أن تكون الغرض الذى لا يتصور بدونه الاتفاق على انشاء ملكية الاسرة ، وليست شرطا لانعقــــاد الاتفاق على انشاء ملكية الاسرة بحيث يترتب على تخلفه بطلان الاتفاق .

وملكية الاسرة تشمل ما يكون مملوكا لاعضائها من منقول أو عقار ويتفق على ادخاله فيها ، أيا كان سبب اكتساب ملكيته وسواء أكان هو الميراث أم غيره من أسباب كسب الملكية . على أن الجوهرى فى ذلك ان تكون الاشياء الداخلة فى ملكية الاسرة مملوكة للاعضاء وقت الاتفاق فلا يصح الاتفاق على انشاء ملكية أسرة بالاموال التى تؤول اليهم فى المستقبل .

وملكية الاسرة لا تنشأ الا باتفاق كتابى بين أعضاء الاسرة . فاذا لم يوجد اتفاق فلا تقوم ملكية الاسرة اصلا نظرا لان رابطة التعاون التى تقوم عليها ملكية الاسرة قد لا تكون متوافرة بين أعضاء الاسرة ، وكذلك الحال اذا لم يكن هذا الاتفاق كتابيا . فالكتابة شرط للانعقاد لا للاثبات . =

الشيوع كان هذا الشـيوع اجباريا نظرا لطبيعة الغرض المخصص له هذا الحـائط .

وقد وردت أحكام الحائط المشترك فى القانون اللبنانى فى الباب الثالث من قانون الملكية العقارية الخاص بالارتفاق وفى الموضـع المخصص منه للارتفاق القانونى المخصص للمنفعة العامة . كذلك وردت أحكام الحائط المشترك فى القانون المدنى المصرى ضمن النصوص المخصصة للقيود التى ترد عليه الملكية وهى التسمية التى يصطنعها المشرع المصرى للارتفاقات القانونية . ومن الواضح أن هذا الموضع الذى اختاره كل من المشرع اللبنانى والمشرع المصرى لاحكام الحائط المشترك موضع غير مناسب ، اذ أن أحكام الحائط المشترك تعنى بتنظيم نوع من الشيوع الاجبارى التبعى حيث الفرض ان كل شريك فى الحائط المشترك يملك عقارا أصليا مجاورا أو ملاصقا للحائط المشترك على سبيل الافراز يخصص هذا الحائط لخدمته ، ومن ثم كان الواجب

= وقد وضعت المادة ٢/٨٥٢ من التقنين المدنى المصرى حدا أقصى للمدة التى يجوز الاتفاق على بقاء ملكية الاسرة خلالها خمس عشرة سنة خلافا للاتفاق على البقاء فى الشيوع العادى الذى لا يجوز لمدة تجاوز خمس سنوات ومع ذلك فقد أجازت المادة ١/٨٥٢ « لكل شريك أن يطلب من المحكمة الاذن فى اخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الاجل المتفق عليه اذا وجد مبرر قوى لذلك » .

فاذا لم يتفق على مدة لملكية الاسرة كان لكل شريك « أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن الى الشركاء رغبته فى اخراج نصيبه » .

وتعتبر ملكية الاسرة ملكية شائعة بـين الاعضاء ، وتطبق عليها أحكام الشيوع فى كل ما لم يرد بشأنه نص . على أن هذه الملكية تختلف عن الملكية الشائعة فى وضعها العادى فيما يتعلق بالادارة وفيما يتعلق بالتصرف .

ففيما يتعلق بالادارة يجب أن يكون المدير الذى الذى تعينه أغلبية الشركاء العادية أحدهم لا اجنبيا عنهم نظرا لما بين الشركاء من رابطة تمنـع فرض اجنبى لا يرغبونه عليهم ، ويكون لهذا المدير القيام بأعمال الادارة العادية وغير العادية رغم انه معين بالاغلبية العـادية (م ١/٨٥٤) . وليس للاقلية الاعتراض على أعمال المدير وان كان لها أن تطلب من المحكمة عـزله اذا وجد سبب قوى يبرر ذلك (م٨/٨٥٤) . ويجوز عزل المدير بالطريقة التى=

وضع هذه الاحكام فى المكان المخصص للشيوع الاجبارى[1]. ولعل كلا من المشرع اللبنانى والمشرع المصرى قد تأثر فى هذا الشأن بالفقه المرجوح الذى كان يرى فى الشيوع الاجبارى نوعا من حقوق الارتفاق المتبادلة .

والاشتراك فى الحائط قد ينتج من اشتراك الجارين فى اقامته أو من تصرف قانونى كعقد أو وصية تم قيدها فى السجل العقارى أو تسجيلها . كذلك قد ينتج هذا الاشتراك عن طريق الالتصاق أو التقادم فى جميع العقارات فى مصر وفى العقارات غير الممسوحة فى لبنان . وقد وضع المشرع المصرى فوق ذلك قرينه على الاشتراك فى الحائط الفاصل فنص فى المادة ٨١٧ على أن « الحائط الذى يكون وقت انشائه فاصلا بين بناءين يعد مشتركا حتى مفرقهما ، ما لم يقم الدليل على العكس » .

ومقتضى هذا النص أنه يشترط لقيام هذه القرينة شرطان :

=عين بها ولو اتفق على غير ذلك . وتطبيق قواعد الوكالة فى علاقة الشركاء بالمدير أو فى علاقتهم بالغير الذى تعامل معه (م ٨٥٥) .

اما فيما يتعلق بالتصرف فقد نصت المادة ٨٥٣ على أنه « ١ — . . ولا يجوز لاى شريك أن يتصرف فى نصيبه لاجنبى عن الاسرة الا بموافقة الشركاء جمعا .

٢ — واذا تملك اجنبى عن الاسرة حصة احد الشركاء برضاء هذا الشريك او جبرا عنه فلا يكون الاجنبى شريكا فى ملكية الاسرة الا برضائه ورضاء باقى الشركاء » .

فالتصرف الى احد الشركاء صحيح ونافذ فى حقهم دون حاجة الى موافقتهم لانتفاء مظنة تضررهم . والتصرف الى اجنبى لا يجوز الا بموافقة الشركاء جميعا على التصرف ، ولكن يجوز بيع الحق الشائع لاحد الشركاء جبرا عنه تنفيذا من دائنيته على أمواله . واذا تملك أجنبى حصة الشركاء سواء بموافقة باقى الشركاء اذا كان البيع اختياريا او بدون حاجة الى موافقتهم اذا كان البيع جبريا ، فانه لا يصبح بمقتضى ذلك شريكا فى ملكية الاسرة وانما يتعين اخراج حصته من هذه الملكية ما لم يتوافر اتفاق بينه وبين الشركاء جميعا على دخوله فى ملكية الأسرة (م ٢/٨٥٣) حتى لايتضرر من ذلك المتصرف اليه أو الشركاء .

(١) حسن حسن كيرة ، دروس فى الحقوق الفنية الاهلية ، ص ٢٤١

فأما الشرط الاول فهو أن يكون الحائط الفاصل فاصلا بين بناءين لا مجرد فاصل بين عقارين • فاذا كان ملك أحد الجارين أرضا غير مبنية فلا يفترض الاشتراك فى ملكية الحائط الفاصل ولو كان ملك الجار الاخر بناء •

وأما الشرط الاخر فهو أن يكون الحائط فاصلا بين البناءين منذ انشائه لا فى تاريخ لاحق • فاذا كان أحد الجارين قد بنى فى ملكه ، ثم تبعه الاخر فى البناء مستترا ببناءه ، فلا يفترض الاشتراك فى الحائط الفاصل بينهما •

فاذا توافر الشرطان افترض أن الحائط الفاصل مملوك لمالكى البنائين حتى أعلى جزء من البناء المنخفض • ولكن يجوز لاى منهما أن يقيم الدليل على أنه أقام هذا الحائط فى ملكه وعلى نفقته •

١٦٨ ــ واذا ثبت الاشتراك فى ملكية الحائط فان هذا الحائط يعتبر مملوكا على سبيل الشيوع الاجبارى ، فلا يجوز قسمته بين الشركاء ولا يجوز لايهم التصرف فى حصته فيه استقلالا عن البناء الذى يملكه ، على نحو ما رأيناه فى القواعد العامة للشيوع الاجبارى •

والاصل كذلك أن لكل مالك أن يستعمل الحائط المشترك فى حدود الغرض المخصص له وبشرط عدم الاضرار بالشركاء الاخرين • وقد نصت المادة ٧٠ من قانون الملكية العقارية اللبنانى على أنه يجوز للشريك فى الحائط المشترك « أن يضع ، من جهة عقاره ، على الحائط المشترك أو أن يسند اليه جسورا أو منشآت أو سوى ذلك من الابنية حتى غاية نصف الثقل الذى يتحمله الحائط » • كذلك نصت المادة ١/٨١٤ من التقنين المدنى المصرى على أنه « لمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذى أعد له •• » ، ثم مثلت لهذا الاستعمال فأجازت لمالك الحائط المشترك « أن

يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته» .
وطبيعى أنه من الجائز أن تمتد هذه الجسور أو العوارض فى القانون اللبنانى والمصرى الى ما يجاوز نصف سمك الحائط لان حق كل شريك من الشركاء يرد على الحائط كله . ولكن للمالك الاخر طلب منع اقامة هذه الجسور أو العوارض على الحائط اذا كانت تحمله فوق طاقته بما يزيد على نصف الثقل الذى يتحمله الحائط ، أو طلب ازالة ما أقامه من ذلك ، فضلا عن المطالبة بالتعويض ان كان له محل . كذلك لما كان الغرض من الحائط المشترك أن يستند به العقاران المتجاوران فانه لا يجوز لاى من الشريكين أن يفتح فيه مناور ، بعكس الحال فى الحائط الفاصل المملوك لاحد الجارين ملكية خالصة .

وقد نصت المادة ٨١٤/٢ من التقنين المدنى المصرى على أنه « اذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذى خصص له عادة ، فنفقة اصلاحه أو تجديده على الشركاء كل بنسبة حصته فيه » . فنفقات الحائط المشترك طبقا لهذا النص تكون على كل من الشريكين بنسبة حق كل شريك ، على نحو ما تقضى به القواعد العامة فى الشيوع العادى . لذلك فهذا الحكم يجب الاخذ به فى القانون اللبنانى رغم عدم وجود نص مماثل لنص القانون المصرى خاصة وأنه يتفق مع أحكام « المجلة » التى كانت مطبقة فى لبنان ولم تلغ الا فيما تعارض من أحكامها مع التشريع الجديد [1] . ومن الواضح أنه لا مجال للاشتراك فى النفقات اذا كانت الفائدة منها تعود على أحد الشريكين دون الآخر [2] ، أو اذا كانت الحاجة اليها نتيجة لخطأ أحد الشركاء ولو

---

(١) فى هذا المعنى :
Bichara Tabbah, op. cit., T. 1, No. 225.

(٢) منصور مصطفى منصور ، بند ٩٩ ، السنهورى ، بند ٦٠٤
Planiol, Repert et Picard, T. 3, No. 310.

كانت منفعتها تعود عليهما معا [1] • وللشريك أن يتخلص من الاشتراك فى النفقات اذا تخلى عن الملكية بما يستتبعه ذلك من عدم الانتفاع بالحائط • هذا قيد هذا التخلى فى السجل العقارى أو سجل أصبح الحائط المشترك مملوكا ملكية مفرزة للشريك الذى تم التخلى لصالحه •

١٦٩ — وقد أجازت المادة ٨١٥ من التقنين المدنى المصرى للمالك اذا كانت له مصلحة جدية فى تعلية الحائط المشترك أن يعليه بشرط آلا يلحق بشريكه ضررا بليغا • وليس هذا سوى تطبيق لحق الشريك فى الشيوع الاجبارى فى التعديل فى الشىء لتحقيق مصلحته الشخصية ما دام ذلك لا يضر بشريكه •

فاذا كان الحائط صالحا لتحمل التعلية دون حاجة الى اعادة بنائه كان على الشريك الذى يريد التعلية ، وفقا للمادة ١/٨١٥ من التقنين المدنى المصرى « وحده أن ينفق على التعلية وصيانة الجزء المعلى ، وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشىء عن التعلية دون أن يفقد شيئا من متانته » • فبالاضافة الى نفقات الجزء المعلى يكون على من يريد التعلية أن ينفق وحده على الاعمال التى تستلزمها التعلية فى الجزء الاسفل المشترك •

وقد أضافت المادة ٢/٨١٥ من التقنين المدنى المصرى أنه « واذا لم يكن الحائط المشترك صالحا لتحمل التعلية فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط على نفقته بحيث يقع ما زاد من سمكه فى ناحيته هو بقدر الاستطاعة » • فنفقات الهدم والبناء تكون على من يريد التعلية • وكذلك

---

(١) الاعمال التحضيرية ، ج ٦ ، ص ٦٥ •

يتعين على من يريد التعلية أن يجرى زيادة سمك الحائط فى أرضه اذا اقتضى الامر ذلك ، فاذا تعذرت زيادة السمك فى أرضه ولزم أن يشغل جزء من أرض جاره تعين عليه أن يعوضه عن ذلك •

ويلاحظ أن الحق فى التعلية مشروط فى الحالتين بعدم الاضرار بالجار ضررا بليغا • فاذا كان يترتب على هدم الحائط المشترك انهدام بناء الجار أو احداث خلل فيه فلا يجوز لجاره الشريك فى هذا الحائط هدمه لاعادة بنائه •

واذا كان حكم المشرع المصرى فى شأن تعلية الحائط المشترك يتفق على النحو السابق بيانه مع القواعد العامة ، فا ن المشرع اللبنانى قد خرج على هذه القواعد فى هذا الشأن فقرر فى المادة ٧٠ من قانون الملكية العقارية أنه « لا يجوز لصاحب حائط مشترك أن يرفعه أو أن يبنى عليه بدون رخصة شريكه فيه » • ويلاحظ بعض الفقه أن هذا الحكم فى القانون اللبنانى ربما أريد به جعل أحكام القانون اللبنانى متسقة فى هذا الشأن مع أحكام «المجلة» المأخوذة عن الشريعة الاسلامية من أن عدم الاجبار ابتداء على الاشتراك فى ملكية الحائط يفضى الى القول بعدم امكان تعليته ، اذا ما أقيم بالاشتراك اتفاقا ، الا باتفاق الطرفين كذلك [1] • ولكن اذا كان مثل هذا الحكم يؤدى الى تمكين الطرف الذى يرفض التعلية من التحكم فى الطرف الآخر فى هذا الشأن ، فان أعمال حكم التعسف فى استعمال الحق على التمسك بهذا الحكم ، وهو ما تقرره «المجلة» نفسها ، يؤدى الى الحد من هذه النتيجة غير العادلة [2] • وبذلك يؤدى اعمال نظرية التعسف على الحق فى التعلية

---

(١) حسن كيرة ، دروس فى الحقوق العينية الاصلية ، ص ٢٤٤
(٢) المرجع السابق فى الموضع السابق

فى القانون المصرى وعلى الحـــق فى منع التعلية فى القانون اللبنانى ، الى تقريب حكم القانونين من الناحية العملية [1] •

ويلاحظ أنه اذا تمت التعلية دون حاجة الى هدم الحائط أو بعد هـــدمه واعادة بناءه ، سواء مبادأة من قبل الشريك فى القانون المصرى أو بموافقة الشريك الاخر فى القانون اللبنانى ، ظل الجزء الاسفل ملكا مشتركا دون أن يكون لمن قام بذلك مطالبة الاخر بتعويض • أما الجزء المعلى فيكون ملكا خالصا لمن قام بالتعلية • على أن كلا من المشرع اللبنانى والمشرع المصرى قد خول للشريك فى الجزء الاسفل الحق فى الاشتراك فى ملكية الجزء المعلى جبرا على مالكه اذا دفع نصف ما أنفق عليه ونصف قيمة الارض التى تقوم عليها زيادة السمك ان كانت هناك زيادة من ناحية محدث التعلية (م ٧١ من قانون الملكية العقارية اللبنانى و م ٨١٦ من التقنين المدنى المصرى) • ويظل هذا الحق فى الاشتراك فى ملكية الجزء المعلى قائما طالما بقى الاشتراك فى الجزء الاسفل دون أن يسقط بالتقادم •

المبحث الثانى

ملـــكية الطبقـــات او الشقق

١٧٠ ــ يقصد بملكية الطبقات أو الشقق ملكية البناء الذى يتعدد ملاكه بجيث يكون لكل منهم طبقة أو شقة خاصة به يملكها ملكية مفرزة ، ممـــا يستتبع تملكهم للاجزاء المشتركة من البناء ملكية شائعة •

---

(١) المرجع السابق فى الموضع السابق

وقد انتشر هذا النوع من الملكية فى بعض الدول الاجنبية عقب الحربين العالميتين وما تبعهما من أزمة فى الاسكان • وقد بدأ أخيرا فى الانتشار فى لبنان وفى مصر بعد أن لجأت بعض الجمعيات التعاونية من ناحية والدولة من ناحية أخرى الى بناء المساكن وتوزيعها •

ويقوم نظام ملكية الطبقات أو الشقق الذى ينتشر فى الوقت الحاضر ، على أساس النظر الى هيكل البناء كوحدة يملكها الشركاء ملكية شائعة وتقتصر الملكية المفرزة لكل مالك على الجدران الثانوية التى توجد داخل الطبقة او الشقة وما تشمله الطبقة أو الشقة فى الداخل من أدوات وما تكسى به الارضية من أخشاب أو بلاط أو غيرها •

وقد عرفت الشريعة الاسلامية كذلك نظام الطبقات ، ولكن على أساس آخر مختلف عن أساس النظام الحديث يقوم على تقسيم البناء الى طبقات يملك كل مالك طبقة منها بما فيها من جدران وما يعلوها من سقف ملكية مفرزة وبحيث يكون لصاحب الطبقة الاعلى وتسمى « العلو » حق القرار على الطبقة التى تحتها وتسمى « السفل » •

وقد قام المشرع اللبنانى أخيرا بتنظيم ملكية الطبقات أو الشقق بقانون ١٩٦٢/١٢/٢٤ بشأن ملكية الابنية المؤلفة من عدة طوابق أو شقق • أما المشرع المصرى فقد قام بتنظيمها فى القانون المدنى الجديد • وقد استمد المشرع اللبنانى من النظام الفرنسى تنظيمه لملكية الابنية المؤلفة من عدة طبقات أو شقق • كذلك استمد التقنين المدنى المصرى تنظيمه لملكية الطبقات أو الشقق فى المواد من ٨٥٦ الى ٨٦٩ من القانون الفرنسى ، ولكنه فى نفس الوقت وضع فى المواد ٨٥٩ ، ٨٦٠ ، ٨٦١ تنظيما لعلاقة صاحب العلو بصاحب السفل مستمدا من أحكام الشريعة الاسلامية دون أن يتنبه الى

ما بين التنظيمين من تعارض • وقد ذهب الفقه ــ دفعا لهذا التعارض ــ الى القول بوجود نظامين مستقلين لملكية الطبقات أو الشقق فى مصر : النظام الاول هو المأخوذ عن القانون الفرنسى ، وهو الاصل الواجب التطبيق ما لم يوجد فى سندات الملكية ما يخالفه ، والنظام الاخر هو النظام المأخوذ عن الشريعة الاسلامية ، وهو لا يطبق الا اذا تبين من سندات الملك أخذ الشركاء به [1] •

وعلى ذلك سوف نعرض أولا للنظام القانونى لملكية الطبقات أو الشقق فى لبنان ومصر ثم للنظام الاتفاقى لملكية الطبقات (العلو والسفل) فى مصر •

المطلب الاول النظام القانونى لملكية الطبقات أو الشقق فى لبنان ومصر

المطلب الثانى : النظام الاتفاقى لملكية الطبقات (العلو والسفل) فى مصر •

المطلب الاول

النظام القانونى لملكية الطبقات أو الشقق فى لبنان ومصر

الأجزاء المشتركة والاجزاء الخاصة :

١٧١ ــ الاصل أن الاجزاء المشتركة يحددها السند المنشىء لملكية الطبقات • فاذا لم يتضمن هذا السند تحديد صفة جزء من الاجزاء فيعتبر

---

(١) اسماعيل غانم ، بند ١٤٩ ، منصور مصطفى منصور ، بند ١٠٠ ، السنهورى ، بند ٦١٤

ومع ذلك فلا يميز بعض الفقه بين النظامين . انظر فى ذلك : محمد كامل مرسى ، جـ ٢ ، بند ١٦٥ ، محمد على عرفه ، بند ٣٥٩ وما بعده ، عبد المنعم البدراوى، بند ١٧٦ ، حسن كيرة ، بند ١٨٤ وما بعده ، خاصة ص ٦٠٤ جـ ٢ .

ملكية مشتركة اذا كان معدا للاستعمال المشترك بين جميع الملاك • وقد نصت المادة ٢/١ من قانون ١٩٦٢/١٢/٢٤ فى لبنان على هذا المعيار وضربت أمثلة متعددة له بقولها « تشمل أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك على الاخص : الاساس والحيطان الكبيرة — الحيطان الفاصلة المشتركة والحيطان المعدة للمداخن ولحمل السقف — الهيكل والحواجز التى تفصل بين الشقق — مجارى التهوية لبيوت الخلاء — ركائز السقوف والقناطر والسقوف والمداخل والسلالم وأقفاصها والممرات والمماشى والدهاليز والمصاعد وغرف البوابين — أجهزة التدفئة والتبريد وسائر أنواع الانابيب والقساطل والمزاريب والمجارى والتركيبات المشتركة كتجهيزات الانارة والمياه وملحقاتها الا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة » • واستنادا الى هذه الامثلة يمكن القول بأن الارض المقام عليها البناء تعد من الاجزاء المشتركة • كذلك نصت المادة ٨٥٦ على هذا المعيار مع التمثيل للاجزاء المشتركة بأمثلة قريبة من أمثلة المشرع اللبنانى بقولها « اذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة ، فانهم يعدون شركاء فى ملكية الارض وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع وبوجه خاص الاساسات والجدران الرئيسية والمداخل والافنية والاسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الارضيات وكل أنواع الانابيب الا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة ، كل هذا ما لم يوجد فى سندات الملك ما يخالفه » • واستنادا الى الامثلة التى ضربها المشرع المصرى للاجزاء المشتركة — وخاصة الاساسات والجدران الرئيسية — يمكن القول ان هيكل البناء كله يعتبر من الاجزاء المشتركة بين جميع الملاك حتى فيما يتعلق بالاجزاء التى تكون بعيدة من هذا الهيكل عن طابق أو شقة كل منهم •

على أن الاجزاء المعدة لاستعمال بعض الملاك دون البعض الاخر ، كالحواجز الداخلية الفاصلة بين شقتين ، تكون مشتركة بين هؤلاء الملاك

وحدهم • وقد نصت على ذلك المادة ٣/٥ من القانون اللبنانى المذكور بقولها « تعتبر الحيطان الفاصلة بين شقتين مشتركة بين مالكى هاتين الشقتين •• » كما نصت عليه المادة ٣/٨٥٦ من التقنين المدنى المصرى بقولها « الحواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين » •

أما الاجزاء الخاصة بكل مالك فهى الاجزاء المعدة لاستعماله المنفرد ، كالحواجز الفاصلة بين الحجرات ، والادوات والانابيب داخل الطبقة أو الشقة والاخشاب والبلاط وخلافه مما قد تكسى به الجدران أو السقف أو الارضية ، كما تشمل النوافذ والشرفات فى القانون اللبنانى (م ٤ من القانون) ، وهو ما يأخذ به البعض فى مصر كذلك •

تحديد أنصبة الشركاء فى الأجزاء المشتركة :

١٧٢ ـ وقد حددت المادة ٢/٨٥٦ من التقنين المدنى المصرى نصيب كل مالك فى الاجزاء المشتركة « بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار » أى بنسبة قيمة الطبقة أو الشقة التى يملكها ، وهو ما يجب الاخذ به كذلك فى القانون اللبنانى • وتظهر أهمية تحديد هذا النصيب فى نواح مختلفة ، كتحديد نصيب كل مالك فيما قد يستحق من مقابل لجزء من هذه الاجزاء نتيجة بيعه أو نزعه للمنفعة العامة أو التعدى عليه من الغير ، وكتحديد نصيبه فى نفقات هذه الاجزاء ، وتقدير رأى المالك عند حساب الاغلبية المطلوبة لاتخاذ القرارات المتعلقة بادارة الاجزاء المشتركة •

واذا كان نصيب كل مالك فى الاجزاء المشتركة يتحدد على هذا النحو بنسبة قيمة الجزء الذى يملكه فى المبنى ، فان التساؤل يثور حول أساس تحديد هذه القيمة والوقت الذى تحدد فيه •

ويذهب بعض الفقه الى تحديد قيمة نصيب كل مالك على أساس مساحته من ناحية وموقعه من ناحية أخرى ، على نحو ما يذهب اليه المشرع الفرنسى فى المادة السادسة من قانون سنة ١٩٣٨ (١) أما وقت تحديد هذه القيمة فقد اختلف فيه بين وقت النزاع الذى تثور بشأنه مسألة التقــدير وبين وقت انشاء البناء • فقد ذهب البعض (٢) الى تحديد قيمة نصيب كل مالك وقت النزاع بحيث يدخل فى حساب هذه القيمة ما يكون قد لحق هذا النصيب من زيادة أو نقص فى قيمته بعد الانشاء ، كما لو أصبح الحى الموجود به البناء حيا تجاريا مما يمكن معه استخدام الطبقات السفلى فى البناء كمحــلات تجارية بما يزيد فى قيمتها دون قيمة الطبقات العليا • وذهب البعض الاخر ، وهو ما نفضله ، الى الاعتداد بقيمة البناء وقت انشائه ، دفعا لما قد يثور من منازعات فيما لو قلنا بالتقدير وقت النزاع (٣) •

هذا ويلاحظ ضرورة قيد سند ملكية البناء فى السجل العقارى أو تسجيله• وقد نظم المشرع اللبنانى عملية القيد ، فقضى بأن يقيد فى سجلات الدوائر العقارية كل طابق أو شقة على حــدة كحق مختلف ، فتعتبر عندئذ أرض العقار وأجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك قسما مشتركا لجميع أصحاب الشقق والطوابق • ويعطى هذا القسم المشترك رقما خاصا هو دائما الرقم واحد ويقيد على صحيفة العقار العينية ، ويعطى كل طابق أو شقة مستقلة رقما مسلسلا اعتبارا من الرقم اثنين ، وتتبع هذه الارقام فى جميع الحالات رقم العقار الاساسى ، فيعرف كل طابق أو شقة بهذا الرقم مضافا اليه رقم

---

(١) منصور مصطفى ، بند ١٠٢ .

(٢) محمد على عرفه ، بند ٣٥٧ . وقارب : عبد المنعم البدراوى ، بند ١٧٧ .

(٣) اسماعيل غانم ، بند ١٥٣ ، منصور مصطفى منصور ، بند ١٠٢ ، السنهورى ، بند ٦٢٥ .

الطابق أو الشقة الخاص • وتنتظم صحيفة عينية اضافية لكل طابق أو شقة تقيد عليها الحقوق العينية الخاصة بها (م ١ من القانون) •

حقوق الشركاء وواجباتهم :

١٧٣ ــ واذا كانت ملكية الطبقات أو الشقق تقوم على أساس التفرقة بين الاجزاء المشتركة والاجزاء الخاصة ، فان كلا منهما يخضع لنظام يختلف عن الاخـــر •

فالاجزاء المشتركة تخضع لنظام الشيوع الاجبارى :

١ ــ فلا يمكن طلب قسمة الاجزاء المشتركة ، ولا يمكن التصرف فيهـا أو التنفيذ عليها مستقلة عن الطبقة أو الشقة ذاتها (م ١/٢ من القـــانون اللبنانى وم ٢/٨٥٦ من التقنين المدنى المصرى) وانما يعتبر التصرف فى الطبقة أو الشقة أو التنفيذ عليها شاملا فى نفس الوقت للحق الشائع فى الاجـــزاء المشتركة • وقد حرص المشرع اللبنانى على أن ينبه الى أنه من حق الشركاء افراز جزء من العقار غير المبنى والتصرف فيه مستقلا وفقا لاحكام نظـــام ادارة البناء المشترك (م ١/٢) سالفة الذكر •

٢ ــ وللمالك وفقا لنص المادة ١/٤ من القانون اللبنانى « •• ضـــمن شروط النظام المبرز للدوائر العقارية أن يستعمل القسم المشترك فيما أعد له على ألا يحول دون استعمال باقى المالكين » • وقد نصت المادة ٢/٨٥٧ من التقنين المدنى المصرى على نفس الحكم بقولها « كل مالك ، فى سبيل الانتفاع بالجزء الذى يملكه فى الدار ، حر فى أن يستعمل الاجزاء المشتركة فيما أعدت له ، على ألا يحول دون استعمال باقى الشركاء لحقوقهم » • فحق المالك فى

استعمال الاجزاء المشتركة لا يقيده سوى أن يكون فى الغرض المعدة له من ناحية والا يضر بالشركاء الآخرين من ناحية أخرى • فلا يجوز لاحد الملاك مثلا أن يسند جدار بناء يقيمه على أرض مجاورة على جدار الدار التى يملك طبقة أو شقة فيها ، ولا يجوز للشريك أن يستعمل المدخل أو الممرات أو السلم فى عرض منتجاته أو بضائعه ولو كان نصيبه فى البناء متجرا ، ولا يجوز لاحد الشركاء أن يستأثر باستعمال هذه الاجزاء دون شركائه اذا كان استعمالها يقتضى التناوب ، كحجرة للغسيل مثلا •

٣ ـــ كذلك يكون للمالك أن يحدث ما يراه من تعديل فى الاجزاء المشتركة دون حاجة الى الحصول على موافقة بقية الملاك ، بشرط أن يكون من شأن هذا التعديل تسهيل استعمال الاجزاء المشتركة دون تغيير فى تخصيصها أو اضرار بالملاك الآخرين ، وبشرط أن يتحمل وحده نفقات هذا التعديل • وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٢/٨٥٧ من التقنين المدنى المصرى •

ولكن اذا كان من شأن هذا التعديل تعويق استعمال الاجزاء المشتركة أو تغيير تخصيصها أو الاضرار بالملاك الآخرين ، فلا يملك شريك الانفراد بالقيام به ولو على نفقته ، وانما يلزم لذلك الحصول على اجماع الشركاء أو أغلبيتهم اذا كانوا يكونون جمعية أو اتحادا على ما سوف يرد ذكره • وقد نصت على ذلك المادة ٢/٤ من القانون اللبنانى بقولها « ولا يجوز لاى مالك أن يقوم بأى عمل من شأنه أن يهدد سلامة البناء أو أن يغير فى شكله أو فى مظهره الخارجى • ولا يجوز احداث تعديل فى القسم المشترك ، حتى عند تجديد البناء ، وفى كل ما هو ضرورى لتأليف وتناسق البناء ، الا بقرار تصدره الجمعية بأغلبية ثلاثة أرباع الاصوات على الاقل » •

٤ ـــ وعلى الملاك ، وفقا للمادة ١/٥ من القانون اللبنانى والمادة ١/٨٥٨

من التقنين المدنى المصرى ، أن يتقاسموا تكاليف حفظ الاشياء المشتركة ، وصيانتها وادارتها وتجديدها كل بنسبة قيمة الجزء الذى له فى البناء ما لم يتفق على غير ذلك ، وليس بحسب الانتفاع الفعلى بالاجزاء المشتركة ، تجنبا لما يثيره تقدير الانتفاع الفعلى من منازعات • وتقدر قيمة الجزء الذى لكل مالك فى البناء على النحو الذى سبق أن رأيناه • ويلاحظ أنه اذا تسبب أحد الشركاء فى زيادة النفقات المشتركة فانه يكون وحده مسئولا عنها وفقا للقواعد العامة • وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٢/٥ من القانون اللبنانى •

وقد نصت المادة ٢/٨٥٨ من التقنين المدنى المصرى على أنه « لا يحق للمالك أن يتخلى عن نصيبه فى الاجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك فى التكاليف المتقدمة الذكر » • وهذا الحكم يجب الاخذ به كذلك فى القانون اللبنانى رغم عدم وجود نص عليه • فالواقع أن انتفاع الشريك المالك بالطبقة أو الشقة غالبا ما يفترض الانتفاع بالاشياء المشتركة • فيلزم للتخلص من النفقات المشتركة تخلى الشريك المالك عن كل نصيبه المقرر فى الدار بما يتبعه من أشياء مشتركة سواء فى القانون المصرى أو اللبنانى •

ويلاحظ أن المادة ٧٢ من قانون الملكية العقارية اللبنانى الصادر به القرار رقم ٣٣٣٩ بتاريخ ٢٢ تشرين الثانى سنة ١٩٣٢ ، والواردة فى المكان المخصص من هذا القانون للارتفاق القانونى المخصص للمنفعة الخصوصية تقضى بأنه « اذا كانت طوابق بيت تخص مالكين مختلفين ، فان التصليحات والتجديدات فى البناء تكون خاضعة للاحكام التالية ، ما لم يكن هناك شروط مخالفة مذكورة فى سندات الملكية •

ـ كلفة الجدران الضخمة والسقوف هى على عاتق جميع أصحاب العقار ، كل واحد بنسبة قيمة الطابق الذى يملكه •

— على صاحب كل طابق كلفة أرض الطابق التى يمشى عليها •

— على صاحب الطابق الاول كلفة الدرج المؤدى الى ذلك الطابق ، وعلى صاحب الطابق الثانى كلفة الدرج الذى يؤدى اليه ابتداء من الطابق الاول وهم جـــرا » •

وقـــد نصت المـــادة ١٨ من قانون ١٩٦٢/١٢/٢٤ الخــــاص بتنظيم ملكية الابنية المؤلفة من عدة طوابق أو شقق على أنه « لا تطبق أحكام المادة ٧٢ من القرار رقم ٣٣٣٩ تاريخ ١٢ تشرين الثانى سنة ١٩٣٠ على الابنية المقيدة بالدوائر العقارية وفقا لاحكام المادة الاولى من هـــذا القـــانون » ومقتضى هذا النص الاخير أن تكاليف حفظ وصيانة وادارة الاجزاء المشتركة تطبق بشأنها المادة الخامسة من قانون ١٩٦٢/١٢/٢٤ الخاص بتنظيم ملكية الابنية المؤلفة من عدة طوابق أو شقق ، والتى تجعـــل نصيب كل شريك فيها بنسبة قيمة ما يملك من العقار ، وذلك اذا كان العقار مقيـــدا فى السجل العقارى • أما اذا لم يكن العقار مقيدا فى السجل العقارى فلا تسرى بشأنه المادة الخامسة المذكورة وانما المادة ٧٢ من قانون الملكية العقارية •

والمادة ٧٢ المذكورة تتناول ثلاث صور من التكاليف وتعطى لكل منهـــا حكما مستقلا • ويلاحظ فى هذا الشأن أن الحالة الاولى منها ، وهى الخاصة بتكاليف الجدران الضخمة والسقوف ، تأخذ نفس الحكم العام الذى تعطيه المادة الخامسة من قانون ١٩٦٢/١٢/٢٤ المذكور ، من تحمل جميع الشركاء بها كل بنسبة قيمة الجزء الذى يخصه • أما الحالة الثانية ، وهى الخاصة بتكاليف أرضية كل طابق ، فتتناول حالة لا تتعلق بالاجزاء المشتركة وانما تتعلق بالاجزاء المملوكة لكل شريك ملكية مفرزة • ولذلك فالحكم الذى تأخذه فى قانون الملكية العقارية من تحمل كل شريك بتكاليف أرضية طبقته أو شقته يتفق مع القواعد العامة التى سيرد ذكرها ولا يتعارض مع نص المادة الخامسة من قانون ١٩٦٢/١٢/٢٤ الخاص بتنظيم ملكية الابنية المؤلفة من عـــدة

طوابق أو شقق لان هذه المادة تتناول الاجزاء المشتركة وليس الاجـزاء الخاصة بكل شريك . وأما الحالة الثالثة ، وهى الخاصة بالدرج المشترك ، فهى وحدها التى تأخذ حكما مختلفا عن حكم المادة الخامسة من القـانون المذكور . ذلك أن المادة ٧٥ من قانون الملكية العقارية تجعل على صـاحب الطابق الاول كلفة الدرج المؤدى الى ذلك الطابق ، وعلى صاحب الطـابق الثانى كلفة الدرج الذى يؤدى اليه ابتداء من الطابق الاول وهلم جـرا ، بينما يؤدى تطبيق المادة الخامسة من قانون ١٩٦٢/١٢/٢٤ سالف الذكر الى اشتراك جميع ملاك العقار فى نفقات اصلاح أو حفظ أو ادارة الدرج كل بنسبة ما يملك فى هذا العقار بصرف النظر عن الموضع من هذا الدرج الذى يستوجب هذه النفقات وما اذا كان ذلك المؤدى مباشرة الى طابق أو شقة هذا المالك أو ذاك .

على هذا النحو يتضح أنه ليس هناك من فرق فى شـأن تكاليف الحفظ والصيانة والادارة بين العقارات المقيدة فى السجل والعقارات غير المقيدة فيه اللهم الا فيمـا يتعلق بالتكاليف التى تخص الدرج وحـده دون تكاليف الاجزاء المشتركة الاخرى .

أما الاجزاء الخاصة فتخضع لنظام الملكية المفـرزة بحيث يكون للمالك وحده عليها كافة سلطات الملكية من استعمال واستثمار وتصرف ، ويتحمـل وحده بما تتطلبه من نفقات . ويتقيد المالك بالطبع فى ممارسته لسـلطاته بالقيود العامة المختلفة التى ترد على هذه السـلطات . ويضيف القـانون اللبنانى الى ذلك تقييد المالك فى ممارسته لسلطاته على الاجزاء الخاصة ، بما تقرره جمعية الملاك بأغلبية ثلاثة أرباع الاصوات على الاقل من تعـديل فى كل ما هو ضرورى لتأليف وتناسق البناء ولو كان متعلقا بطبقته أو شقته كأبواب المداخل والنوافذ والشرفات وسواها (م ٣/٤ من القانون) .

على أنه يراعى فى هذا الشأن أن لمسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة أهمية خاصة فى هذا الصدد بالنظر لطبيعة الجوار الذى يربط الملاك ببعضهم • فلا يجوز للمالك مثلا أن يقوم فى طبقته أو شقته بعمل يكون من شأنه اضعاف البناء •

كذلك يراعى أن تصرف الشريك فى الجزء الذى يملكه ملكية مفرزة لاجنبى قد يضر بباقى الشركاء • لذلك فقد يتفق الشركاء على أنه لا يجوز للشريك أن يتصرف فى طبقته أو شقته الى أجنبى الا بموافقتهم •

ومثل هذا الشرط يعتبر صحيحا نظرا لمشروعية المصلحة التى يرمى الى تحقيقها ، ويأخذ حكم الشرط المانع من التصرف • وبالمثل فان تصرف الشريك فى طبقته أو شقته لاشخاص متعددين ، بعد تقسيمها ، قد ينزل من مستوى المبنى ، لذلك فقد يتفق الشركاء على منع مثل هذا التصرف • ويذهب الفقه الى اعتبار مثل هذا الشرط الاخير مقررا لحق ارتفاق على كل طبقة أو شقة لمصلحة الطبقات أو الشقق الاخرى [1] •

واذا كانت احدى الطبقات أو الشقق مملوكة على الشيوع لاكثر من مالك وباع أحدهم حقه الشائع فيها بالتراضى لاجنبى عنهم ، فان المشرع اللبنانى يعطى للشركاء فى هذه الطبقة أو الشقة حق أفضلية فى شراء هذا الحق الشائع المبيع يستطيعون بمقتضاه الحلول محل هذا الاجنبى المشترى • وقد نصت على ذلك المادة ١/٦ من أن القانون بقولها « لكل شريك فى طابق أو شقة حق الافضلية لشراء الحصة الشائعة التى يراد بيعها بالتراضى من شخص غير شريك » • ويماثل هذا الحق الشفعة وان كان يختلف عنها فى

---

(١) اسماعيل غانم ، بند ١٥١ ، منصور مصطفى منصور ، بند ١٥٣ .

أحكام ممارسته ، وسوف نعرض لهذه الاحكام عند الكلام فى مصادر الملكية.
ويلاحظ أن حق الافضلية لا يثبت الا للشركاء فى الطبقة أو الشقة المبيعة دون أصحاب الطوابق أو الشقق الاخرى فى البناء لانهم لا يعتبرون شركاء فى الطبقة أو الشقة المبيعة . كذلك يلاحظ أن المشرع اللبنانى يستبعد الشفعة وحق الرحجان أو أى حق آخر مماثل فى العقارات المؤلفة من عدة طوابق أو شقق (م ٩) .

هذا ولا توجد فى القانون المصرى أحكام مماثلة لاحكام التشريع اللبنانى فى حق الافضلية ، كما أن القانون المصرى لا يستبعد اعمال أحكام الشفعة بالنسبة لملكية الطوابق أو الشقق ، ولذلك تنطبق هذه الاحكام فى هذا الشأن .

ادارة الأجزاء المشتركة :

١٧٤ — تتم ادارة الاجزاء المشتركة طبقا لقواعد الادارة فى الملكية الشائعة العادية على التفصيل السابق بيانه . على أن كلا من المشرع اللبنانى والمشرع المصرى قد نصا على هيئة يكونها الشركاء فيما بينهم لادارة الاجزاء المشتركة سماها الاول جمعية ملاك الطوابق والشقق فى البناء الواحد وسماها الاخر اتحاد ملاك طبقات أو شقق البناء الواحد ، ووضعا لهذه الادارة نظاما خاصا لا يطبق الا فى حالة تكوين الشركاء لمثل هذه الجمعية أو الاتحاد .

ويلاحظ أن تكوين الجمعية اجبارى فى القانون اللبنانى اذا جاوز عدد الطوابق أو الشقق أربعة (م ١٠) بينما تكوين الاتحاد اختيارى فى التقنين المدنى المصرى (م ١/٨٦٢ مدنى) . وقد اعتبر المشرع اللبنانى الجمعية شخصا معنويا (م ١٠) أما المشرع المصرى فلم ينص على اعتبار الاتحاد

شخصا معنويا ، ومع ذلك فهو يعتبره شخصا معنويا ، اذ يجعل له ذمة خاصة ويجيز له التقاضي باسمه (١) • ولكن تكوين الجعمية أو الاتحاد لا يؤدي الى اعتبار أى منها مالكا للبناء ، فتبقى هذه الملكية للشركاء على النحو السابق بيـــانه •

وقد أوجب المشرع اللبنانى على الجمعية أن تضع نظاما لضمان حســن الانتفاع بالعقار المشترك وادارته وكيفية أداء الحساب سنويا الى الاعضاء (م ٢/٧ و م ١١ ، م ١٢) • أما المشرع المصرى فقد ترك وضع مثل هــذا النظام لحرية الاتحاد • ويلاحظ أن المشرع المصرى قد اشترط أن يكون وضع النظام بموافقة جميع الشركاء خلافا لما عليه الحال فى الشيوع العادى حيث تكفى موافقة أغلبية الشركاء لوضــع مثل هذا النظام طبقا للمـــادة ٢/٨٢٨ من التقنين المدنى •

ويسرى النظام الذى تضعه الجمعية على خلفاء الشركاء بالرغم من عدم نص المشرع اللبنانى على ذلك صراحة ولكن بشرط مراعاة ابرازه مصــدقا عليه من الكاتب المعدل للدوائر العقارية وحفظه فى ملف العقار على نحــو ما سيرد ذكره • وبالمثل فان النظام الذى يضعه الاتحاد فى مصر يسرى على خلفاء الشركاء ، قياسا على ما تقضى به المـــادة ٢/٨٢٨ بالنسبة للشـــيوع العادى ، خاصة وأن هذا النظام يتم وضعه بالاجماع وليس بالاغلبية كما هو الحال فى الشيوع العادى •

---

(١) يلاحظ أن المشرع المصرى ، فى المادة ٨٦٢ من التقنين المدنى ، يجيز تكوين اتحادات لابغرض ادارة البناء المشترك وانما بقصد «بناء العقارات أو مشتراها لتوزيع ملكية أجزائها على أعضائها » . ولم يضع المشرع نظاما لمثل هذا الاتحاد فتطبق فى شأنه أحكام الجمعيات .

ويكون النظام الذى تضعه الجمعية فى لبنان هو المرجع فى شأن الانتفاع بالاجزاء المشتركة وادارتها • كذلك يكون الامر بالنسبة للنظام الذى يضعه الاتحاد فى مصر بمحض اختياره • ولكن اذا لم يضع هذا الاتحاد نظاما للادارة أو أغفل النظام الذى وضعه بعض الامور ، كانت للاتحاد ، طبقا للمادة ٨٦٤ وما بعدها ، سلطة الادارة • وتكون قرارات الاتحاد فى هذا الشأن ملزمة اذا كان جميع ذوى الشأن قد دعوا الى الاجتماع بكتاب موصى عليه وصدر القرار من أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الانصباء •

وقد مثلت المادة ١٣ من القانون اللبنانى للمسائل التى يتضمنها النظام — بعد العناية بالنص على أن هذه الامثلة لم ترد على سبيل الحصر — بتحديد القسم المشترك ، وتحديد كل طابق أو شقة وتعيين ما له من قيمة بالنسبة لقيمة مجموع الطوابق أو الشقق ، والتعديلات الداخلية التى يجوز لكل مالك اجراؤها فى طبقته أو شقته ، والاعمال التى لا يجوز لكل مالك القيام بها • وشروط استعمال القسم المشترك أو بعضه ، وشروط ضمان العقار ضد الحريق وغيره من الاخطار وتحديد الاعباء المشتركة وتوزيعها بين الملاك ، وشروط ادارة العقار من قبل الجمعية وحقها باجراء بعض الاعمال والاضافات للقسم المشترك التى تزيد فى قيمة العقار كله أو بعضه ، وبيان كيفية تعيين مدير الجمعية وعزله وبيان واجباته وحقوقه ، وبيان كيفية انعقاد جلسات الجمعية والحضور فيها والتصويت على أن يكون لكل صاحب طابق أو شقة عدد من الاصوات يوازى قيمة ما يملك ، وكيفية مسك حسابات الادارة وتقديمها الى الاعضاء والتدقيق فيها وتسديدها سنويا ، وطريقة فصل ما قد يقوم من خلافات بين أصحاب الطوابق أو الشقق وبين مدير الجمعية ، وشروط تمثيل الجمعية أمام المحاكم والدوائر وتجاه الغير ، والاصول الواجب اتباعها لتعديل النظام •

ويلاحظ أن القانون اللبنانى قد أوجب ابراز النظام الذى تضعه الجمعية للدوائر العقارية مصدقا من الكاتب العدل وكذلك خرائط البناء ، كما أوجب حفظها فى ملف العقار (م ٢/٧) • وبالمثل أوجب المشرع اللبنانى ابراز كل تعديل تدخله الجمعية على النظام مصـــدقا من الكاتب العـــدل الى الدوائر العقارية وضمه لملف العقار تحت طائلة بطلانها حتى بين أصحاب العـــلاقة (م ١٣/١٢) •

١٧٥ ــ وللجمعية أو الاتحاد بالاغلبية العادية القيـــام بأعمال الادارة المعتادة وغير المعتادة على السواء • ومن أمثلة أعمال الادارة غير المعتادة اجراء تحسينات أو تركيبات جديدة فى العقار مع الزام كافة الملاك بالمساهمة فى نفقاتها ، كتجميل المدخل أو توسيع الباب العمومى أو باب الجـــراج المشترك ، والاذن بالقيام بهذه الاعمال لاحد الملاك على نفقته اذا لم يرد الاتحاد تحميلها لجميع الملاك وطلب أحدهم القيام بها ، وفرض تأمين مشترك من الاخطار التى تهدد العقار (م ١٣/٦ ، ٧ لبنانى و م ٨٦٥ مصرى) •

أما تجديد البناء عند هلاكه فقد نصت عليه المادة ١٠ من القانون اللبنانى بقولها « اذا هلك البناء بحريق أو بسبب آخر على أصحابه أن يلتزموا من حيث اعادة تشييده ما تقرره الجمعية بأغلبية ثلاثة أرباع الاصوات على الاقل • فاذا قررت الجمعية تجديد البناء خصص ما قد يستحق من تعويض بسبب هلاك البناء لاعمال التجديد • واذا رفض أحـــد الملاكين الاذعان لقرار الجمعية فهو ملزم ببيع حقوقه من باقى الملاكين أو بعضهم بالثمن الذى يقرره قاضى الامور المستعجلة بناء على استدعاء مدير الجمعية » • كذلك نصت المادة ٨٦٨ من التقنين المدنى المصرى على أنه « ١ ــ اذا هلك البناء بحريق أو بسبب آخر ، فعلى الشركاء أن يلتزموا من حيث تجديده ما يقرره الاتحاد بالاغلبية المنصوص عليها فى المادة ٨٦٤ ما لم يوجد اتفاق يخالف

ذلك • ٢ ــ فاذا ما قرر الاتحاد البناء خصص ما يستحق من تعويض بسبب هلاك العقار لاعمال التجديد ، دون اخلال بحقوق أصحاب الديون المقيدة »•

ومقتضى ذلك أنه اذا لم يوجد اتفاق على عدم التجديد كان للجمعية أن تقرره بأغلبية ثلاثة أرباع الاصوات وكان للاتحاد أن يقرره بالاغلبية العادية ولو كان تجديد البناء على نحو يختلف عما كان عليه ؛ وأنه اذا ما استحق عوض عن الهلاك كمبلغ تأمين أو تعويض يلتزم به المتسبب فى الهلاك أو تدفعه الدولة ، خصص هذا المبلغ لاعمال التجديد رغما عن ارادة الاقلية المعارضة لاعمال التجديد • وقد حرص النص اللبنانى فوق ذلك على تخويل الاغلبية الحق فى شراء نصيب الشريك المعارض للتجديد نظير الثمن الذى يحدده قاضى الامور المستعجلة • كذلك حرص النص المصرى على التنبيه الى أن تخصيص مبلغ التعويض المستحق لعملية التجديد لا يخل بحق الدائنين الذين قد تكون ديونهم مضمونة بالعقار الذى استحق عنه التعويض •

وقد نصت المادة ١٦ من القانون اللبنانى والمادة ٨٦٩ من التقنين المدنى المصرى على أن كل قرض تمنحه الجمعية أو الاتحاد أحد الشركاء لتمكينه من القيام بالتزاماته يكون مضمونا بامتياز على الجزء المفرز الذى يملكه على حصته الشائعة فى الاجزاء المشتركة من العقار ، وعلى أن مثل هذا الامتياز يجب قيده وتحسب مرتبته من تاريخ هذا القيد • ولكن ليس معنى ذلك أن للجمعية أو الاتحاد أن تقرر بالاغلبية منح هذا القرض اذ أن المشرع اللبنانى أو المصرى لم ينص على أن منح القرض يكون بالاغلبية خلافا لما قضى به فى بقية المسائل الاخرى • لذلك يبدو أنه لا يمكن اجبار أحد الملاك على المساهمة فى مثل هذا القرض دون موافقته •

١٧٦ ــ وقد نصت المادة ٨٦٩ من التقنين المدنى المصرى على أن يكون للاتحاد مأمور يتولى تنفيذ قراراته ويمثله آمام القضاء حتى فى مخاصمة الملاك اذا اقتضى الامر ذلك • وعليه اذا اقتضى الحال أن يقوم من تلقاء نفسه بما يلزم لحفظ الاشياء المشتركة وحراستها ، وله أن يطالب كل ذى شأن بتنفيذ هذه الالتزامات • ويكون تعيين المأمور بنفس الاغلبية العادية السابقة ، فاذا لم تتحقق هذه الاغلبية عين بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار بناء على طلب أحد الشركاء بعد اعلان الملاك وسماع آقوالهم • ويكون للمأمور آجر على القيام بمهمته يحدده القرار أو الامر الصادر بتعيينه (م ١/٨٦٧) • ويجوز عزل المأمور بقرار من الاتحاد بنفس الاغلبية أو بأمر يصدر من المحكمة السابق ذكرها أيضا (م ٢/٨٦٧) •

ولم ينص المشرع اللبنانى على ضرورة تعيين مأمور للجمعية على نحو ما نص عليه المشرع المصرى بالنسبة للاتحاد • غير أنه يفهم من نصوص المواد ٧ و ١٠ و ١٤ من القانون اللبنانى أن الجمعية يكون لها مدير يتولى الاشراف على الادارة اليومية للعقار المشترك وتمثيله أمام القضاء • فقد أوجبت المادة ٧ من القانون المذكور أن يتضمن نظام الجمعية بيان كيفية تعيين مدير الجمعية وعزله • ونصت المادة ١٠ على حق المدير فى تأجير ما قد يضاف الى الاجزاء المشتركة فى العقار بأغلبية الشركاء من مبان كطابق أو شقة ، وقبض بدلاته وصرفها فى سبيل ادارة العقار المشترك لحساب جميع الملاك • ونصت المادة ١٤ على حق المدير فى مطالبة الشريك المتخلف عن الوفاء بالتزاماته قبل الجمعية وفقا لاحكام قانون تحصيل الديون الثابتة بالكتابة •

المطلب الثـــانى

النظام الاتفاقى لملكية الطبقات (العلو والسفلى)
فى القـــانون المصرى

١٧٧ ـ اذا كان الاصل كما تقدم أن هيكل البناء ذاته ، بما يشمله من جدران خارجية وأسقف ، يعتبر ملكا مشتركا ، الا أن هذه القاعدة يجـوز الاتفاق على خلافها فى مصر فى سندات التمليك • فاذا نص فى هذه السندات على أن الملكية المفرزة للطبقة أو الشقة تشمل الجدران المحيطة بها وسقفها ، اختلف التنظيم القانونى لملكية الطبقات أو الشقق عن النظام العام السابق الاشارة اليه ، فيحكم هذه الملكية قواعد الملكية المفرزة ، ويحدد العلاقة بين الملاك فيما يتعلق بالطبقات أو الشقق ذاتها ما يكون للعلو على السفل من حق القرار •

وحق القرار ان كان حقا عينيا من حيث انه يرد مبـاشرة على الشىء ، ويتضمن فرض التزامات على صاحب السفل لتمكين صاحب العلو من مباشرة حقه ، وأخرى على صاحب العلو لتحديد مضمون حقـه ، وهى التزامات عينية يستطيع الملتزم بها أن يتخلص منها اذا هو تخلى عن حقه •

١ ـ التزامات صاحب السفل :

١٧٨ ـ تضع المـادة ٨٥٩/١ من القانون المدنى المصرى على صاحب السفل التزاما بالقيام بالاعمال والترميمات اللازمة فى ملكه لمنع سقوط العلو ، سواء كان ذلك فى الجدران المحيطة بطبقته أو فى سقفها • فاذا امتنع صاحب السفل عن القيام بذلك كان لصاحب العلو بمقتضى المـادة ٨٥٩/٢ من هذا

القانون أن يلجأ الى القضاء العادى الذى يجوز له بمقتضى نفس المـــادة أن يأمر ببيع السفل •

ولم ينص المشرع المصرى على حق صاحب العلو فى أن يطلب الاذن له بالقيام بترميم السفل على نفقة صاحبه بدلا من بيعه • ولكن ذلك جائز له بمقتضى المادة ٢٠٩ فى القواعد العامة من التقنين المدنى التى تقضى بجواز طلب ترخيص من القضاء فى تنفيذ الالتزام بعمل على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكنا [١] • فاذا كان قيام صاحب العلو بالترميم قد اقتضى تسليم السفل اليه كان له طبقا للقواعد العامة فى الحبس أن يمتنـــع عن رده حتى يستوفى حقه • ويمكن القول فى هذه الحالة بأنه يجوز لصاحب العـــلو أن يحصل على اذن من المحكمة فى ايجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه قياسا على حكم المادة ٢/٥٦٠ التى ستأتى الاشارة اليها [٢] •

١٧٩ ــ واذا تهدم السفل لم يكن من سبيل أمام صاحب العلو لممارســـة حقه سوى اعادة بنائه • لذلك فقد وضعت المـــادة ١/٨٦٠ من التقنين المدنى التزاما على عاتق صاحب السفل باعادة بناء سفله •

ومن الواضح أن التزام صاحب السفل لا يكون الا اذا كان البناء قـــد انهدم فعلا ، بحيث لا يجوز لصاحب العلو أن يطلب هدم البناء واعادة بناء السفل بحجة أنه آيل للسقوط ، وان كان له أن يلجأ الى السلطات الادارية المختصة لتقرير هدم البناء ثم يلجأ الى القضاء لطلب تنفيذ الامر بالهدم [٣]•

---

(١) اسماعيل غانم ، بند ١٦٣ ، منصور مصطفى منصور ، بند ١٠٦ ، السنهورى ، بنـــد ٦١٧ .

(٢) المراجع المشار اليها أعلاه .

(٣) اسماعيل غانم ، بند ١٦٣ ، منصور مصطفى منصور ، بند ١٠٦ ، السنهورى بند ٦١٨ .

وبديهى أن مثل هذا الالتزام لا يقوم كذلك اذا كان انهدام السفل بخطأ من صاحب العلو • ففى هذه الحالة يلزم صاحب العلو بالتعويض ولا يلزم صاحب السفل باعادة بناء سفله ، ولكن اذا قام صاحب السفل من تلقـاء نفسه باعادة بنائه كان لصاحب العلو أن يعيد بناء علوه اذا كان قد أوفى بالتزامه بالتعويض [1] •

فاذا امتنع صاحب السفل عن بناء سفله مع وجوب ذلك عليه كان لصاحب العلو أن يحصل على اذن من القضاء باعادة بنائه على نفقة صاحبه طبقـا للقواعد العامة • ولكن المشرع تيسيرا على صاحب العلو قد خول له فوق ذلك أن يستصدر أمرا ببيع السفل ، فيكون الثمن من حق صاحب السفل ويصبح المشترى هو الملتزم باعادة البناء • على هذا النحو نصت المـادة ١/٨٦٠ من التقنين المدنى على أنه يجوز للقاضى « أن يأمر ببيع السـفل الا اذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه » •

فاذا أعاد صاحب العلو بناء السفل كان له أن يحبسه عن صاحبه حتى يوفى اليه ما أنفقه ، تطبيقا للقواعد العامة فى الحبس • وقد نصت المـادة ٢/٨٦٠ على ذلك صراحة بقولها « لصاحب العلو أن يمنع صـاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدى ما فى ذمته » • ولكن المـادة ٢/٨٦٠ قد أضافت الى ذلك حكما آخر يخرج عن القواعد العامة ، تيسيرا على صاحب العلو فى استيفاء ما قام بانفاقه ، فجعلت له « أن يحصل على اذن فى ايجـار السفل أو سكناه استيفاء لحقه » خلافا للقواعد العـامة فى الحبس التى لا تخول للدائن الحابس سوى الامتناع عن تسليم الشىء المحبوس دون استعماله أو استثماره •

---

(١) السنهورى ، بند ٦١٨ •

٢ ــ التزامات صاحب العلو :

١٨٠ ــ اذا كان مقتضى الحق فى القرار أن يرتكز صاحب هذا الحق على السفل فى بنائه ، فقد يكون حق القرار مطلقا بحيث يكون لصاحب العلو ــ بمقتضى سند الملك ــ أن يزيد فى بنائه فوق السفل ما شاء ، وقد يكون مقيدا بارتفاع معين لا يتجاوزه • ولكن فى جميع الاحوال يتحدد حق صاحب العلو بعدم الاضرار بالسفل • تطبيقا لذلك نصت المادة ٨٦١ من التقنين المدنى على أنه « لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد فى ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل » •

واذا كان حق صاحب العلو مقيد على هذا النحو بعدم الاضرار بالسفل فانه يمكن القول استنادا الى ذلك أنه لا يجوز له أن يثقل سقف السفل بما يجاوز طاقته ولو لم يتمثل ذلك فى البناء فوقه ، كما يلتزم بصيانة سطح أرضية طبقته أو شقته حتى لا يترتب على تلفها الاضرار بالقاعدة المكونة لسقف السفل •

الفهرست

صفحة

صفحة

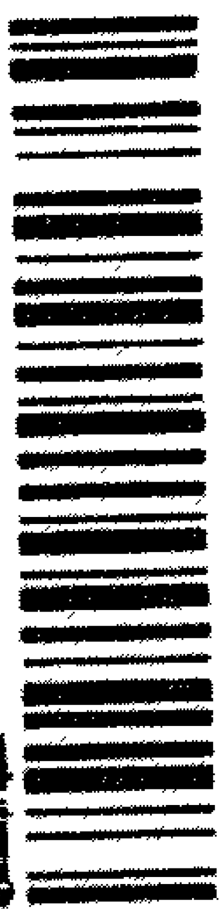
صفحة

صفحة

صفحة

مطابع مؤسسة الاهرام

مطابع مؤسسة الاهرام



الناشر : المكتب الشرقى للنشر والت
ص ب ١٤٨٩ بيروت ــ لبنا